



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

LYDIA ARAÚJO ALVES

**VIABILIDADE JURÍDICA DA EXTINÇÃO DA AÇÃO PENAL
PRIVADA: ABOLINDO UMA REMINISCÊNCIA DA VINGANÇA
PRIMITIVA**

**SOUSA - PB
2011**

LYDIA ARAÚJO ALVES

**VIABILIDADE JURÍDICA DA EXTINÇÃO DA AÇÃO PENAL
PRIVADA: ABOLINDO UMA REMINISCÊNCIA DA VINGANÇA
PRIMITIVA**

**Monografia apresentada ao Curso de
Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da
Universidade Federal de Campina
Grande, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharela em
Ciências Jurídicas e Sociais.**

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Jônica Marques Coura Aragão.

**SOUSA - PB
2011**

LYDIA ARAÚJO ALVES

VIABILIDADE JURÍDICA DA EXTINÇÃO DA AÇÃO PENAL PRIVADA: abolindo uma
reminiscência da vingança primitiva

Trabalho monográfico apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas e Sociais da Universidade
Federal de Campina Grande, como
exigência parcial da obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof(a). Jônica Marques
Coura Aragão

Banca Examinadora:

Data de aprovação: 09 de novembro de 2011.

Prof(a). MSc. Jônica Marques Coura Aragão
Orientadora

Prof(a). Maria de Lourdes Mesquita
Examinadora

Prof(a). Rubasmate dos Santos de Sousa
Examinadora

À minha mãe Rejane, detentora do meu amor supremo, que, na execução formidável do seu papel de "pãe", me ensinou que o significado da palavra coragem transcende a sua literalidade.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Deus, a minha eterna gratidão pela grandeza da vida que me foi dada. Pela Sua sublime presença que me faz sentir segura a cada passo que dou e que me conforta nas tribulações. Pela fortaleza que me dá sempre que as lágrimas testam a minha fé, e, sobretudo, por estar à frente na realização dos meus sonhos, pois sozinha, de nada eu seria capaz.

À minha mãezinha, Rejane, agradeço pelo fôlego inesgotável de, magistralmente, dar uma educação brilhante aos seus cinco filhos. Sou toda admiração pela mulher de tanto vigor que me ensinou a enfrentar o mundo sem receio dos obstáculos. A sua história é uma grande lição de que “a fé ri das impossibilidades”.

Às minhas queridas irmãs Rose e Taiza pelo amor que me dedicaram e pelo companheirismo fiel e inabalável para comigo. Não imagino minha vida sem ambas. Aos meus irmãos Bruno e Ramon, a minha gratidão pelos ensinamentos mais objetivos da vida e pela proteção que sempre recebi, permeada de muito carinho.

Às duas outras mães que Deus me presenteou, Tia Celeste e Martha. Palavras sempre serão insuficientes para quantificar o amor que sinto por vocês; e toda gratidão é mínima diante do que representam em minha vida.

Às minhas lindas amigas campinenses Alice, Amanda, Emília e Gabriella, agradeço a compreensão sempre que estive ausente e a presença sempre animadora quando estive perto. A distância era um mero detalhe diante dos laços de amizade que nos uniram tão seguramente.

Agradeço imensamente à Ayla, por quem conservo um amor inestimável, embora muitas vezes silencioso; à Camylla, que se fez irmã na convivência diuturna em Sousa, e me fez suportar os estorvos de morar longe de casa sempre com muita benevolência; ao meu querido Eligidério, por quem nutro um carinho singular, pelas tantas vezes que me impulsionou a buscar meus ideais e me serviu de exemplo constante à realização dos meus sonhos; à Elma, pela cumplicidade e por tantos momentos únicos e etéreos que nos fizeram romantizar a realidade; à Flavianny, minha eterna admiração pelo coração mais puro que tive a honra de pertencer e por tanto altruísmo que Deus lhe concedeu, me fazendo privilegiada por tantos conselhos e ajudas inesquecíveis. À Pedro, meu grande amigo que logo se tornou

irmão através dos laços estreitos que nos uniram, embora o destino implacável tenha se encarregado de nos distanciar fisicamente.

À Epifânio, pelas infindas discussões jurídicas e intelectuais, pela ajuda imensurável na realização deste trabalho e por todos os estímulos que recebi, oriundos de muita generosidade. Agradeço infinitamente e dispenso todos os possíveis elogios à tamanha inteligência que possui.

À Jônica, minha querida orientadora, meus sinceros e profundos agradecimentos por toda a assistência imprescindível à realização deste trabalho; por toda a cordialidade na nossa convivência acadêmica e por desempenhar com tanta maestria a docência que, indubitavelmente, é o seu dom.

A todas as pessoas que, direta ou indiretamente, contribuíram para mais um passo rumo à minha realização pessoal e profissional. As boas lembranças sempre ocuparão lugar de destaque na minha memória seletiva. À vocês, o meu reconhecimento e gratidão por tudo.

"[...]as pessoas crêm que o processo penal termina com a condenação e não é verdade; as pessoas crêm que a pena termina com a saída do cárcere, e não é verdade; as pessoas crêm que o cárcere perpétuo seja a única pena perpétua; e não é verdade. A pena, se não mesmo sempre, nove vezes em dez não termina nunca. Quem em pecado está é perdido. Cristo perdoa, mas os homens não."

(FRANCESCO CARNELUTTI in: As Misérias do Processo Penal).

RESUMO

A permanência da ação penal privada no ordenamento pátrio há muito destoa do que preconiza a legitimidade ativa para a acusação no processo penal sob a égide da Constituição Federal de 1988. A pesquisa se pauta no perfil da doutrina e jurisprudência contemporâneas, que primam pela adequação das normas infraconstitucionais ao que aduz a Constituição Federal. Nesse sentido, tem-se como objetivo geral analisar criticamente o tema, investigando a conservação da ação penal privada no ordenamento jurídico brasileiro à luz das diretrizes constitucionais. Como objetivos específicos, apontam-se: delimitar o histórico da acusação desde os primórdios das civilizações até o processo contemporâneo; identificar os principais aspectos históricos e pragmáticos do Ministério Público sob a égide do Estado Democrático de Direito e, por fim, examinar a constitucionalidade e a conveniência para a vítima da ação penal privada em sede de processo penal brasileiro. Para tanto, se emprega o método dedutivo e a técnica de pesquisa prevalente é a bibliográfica. Ao final, chega-se à resposta perseguida a partir da problematização apresentada: seria vantajosa para os fins jurisdicionais, em sede de um Estado Democrático de Direito, a atuação pessoal e tendenciosa do particular como sujeito ativo da ação penal, se existe um órgão integrante do Estado com capacidade técnica especificamente direcionada para esse fim? Como hipótese, entende-se que não, considerando que a elevação do Ministério Público ao patamar que lhe confere a Carta Magna, de titular privativo da acusação, não só autoriza, como até exige a extinção da ação penal privada do ordenamento jurídico criminal brasileiro, sobretudo quando se sabe que a sua atuação presume-se pautada no ideário primordial do processo penal contemporâneo, qual seja, a instrumentalidade garantista.

Palavras-chave: Ação Penal. Constituição Federal. Ministério Público. Instrumentalidade garantista.

ABSTRACT

The persistence of private prosecution in order patriotic than dissonant long standing active advocates for the prosecution in criminal proceedings under the auspices of the Federal Constitution of 1988. The research is based on the profile of contemporary doctrine and jurisprudence, which excels in fitness standards infra, adds to what the Federal Constitution. In this sense, has as its general objective to critically analyze the issue, investigating the conservation of private prosecution in the Brazilian legal system in light of the constitutional guidelines. Specific objectives are pointed out: the historical outline of the indictment since the dawn of civilization to the contemporary process, identify the major historical and pragmatic aspects of the prosecutor under the aegis of the democratic rule of law and, finally, to examine the constitutionality and convenience for the victim of a private prosecution based on criminal justice process. To this end, it employs the deductive method of research and technical literature is prevalent. At the end, we get the response from the questioning pursued presented: it would be advantageous for jurisdictional purposes, in place of a democratic state, the performance of the particular personal and biased as an active subject of criminal action, if there is a body member the State with expertise specifically targeted for this purpose? As a hypothesis, it is understood that not, considering that the elevation of the Public Prosecutor to the level that gives the Magna Carta, the holder of a private prosecution, not only authorizes, and indeed demands the extinction of private prosecution of the Brazilian criminal law especially when you know that your performance is presumed ideology ruled the prosecution's primary contemporary, that is, the instrumentality warranty.

Keywords: Criminal Action. Federal Constitution. Public Prosecutor. Instrumentality warranty.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O APANHADO HISTÓRICO DA AÇÃO PENAL E OS CONTORNOS DO SISTEMA ACUSATÓRIO: CAMINHOS À PUBLICIZAÇÃO DO PROCESSO 14	
2.1 A AÇÃO PENAL NOS PRIMÓRDIOS DA CIVILIZAÇÃO HUMANA	16
2.1.1 Vingança defensiva: A abrangência da ação punitiva.....	17
2.1.2 A aparição do Estado como titular do direito de punir.....	20
2.2 OS SISTEMAS PROCESSUAIS NA ANTIGUIDADE	22
2.2.1 O Sistema prevalente na Grécia	24
2.2.2 O Sistema prevalente em Roma	26
2.3 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	28
3 MINISTÉRIO PÚBLICO: ORIGENS E RELEVÂNCIA DA FUNÇÃO ACUSATÓRIA	32
3.1 ORIGENS DA INSTITUIÇÃO	33
3.2 MINISTÉRIO PÚBLICO PRÉ E PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988	35
3.2.1 O papel do ministério público no processo penal.....	39
3.2.2 Legitimidade para exercer o “ <i>jus perseguendi</i> ”	41
4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA AÇÃO PENAL PRIVADA	47
4.1 FUNDAMENTO E NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO.....	51
4.2 A INSTRUMENTALIDADE GARANTISTA DO PROCESSO PENAL.....	53
4.3 A TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL.....	55
4.3.1 A Ação Penal Pública.....	55
4.3.2 Aspectos Gerais da Ação Penal Privada	57
4.4 DO BEM JURÍDICO LESADO E DA LESÃO TÊNUE À SOCIEDADE	63
4.4.1 O Bem Jurídico Penal e o Estado de Direito Democrático e Social	65
4.4.2 Do Escândalo do Processo (<i>Strepitus Iudicii</i>)	73
4.5 O PROCESSO PENAL COMO FACILITADOR DO INTERESSE DA VÍTIMA.....	76
4.6 PROGRESSO DA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA: O PROJETO DE LEI Nº 156/09	82
5 CONCLUSÃO	85
REFERÊNCIAS	87
ANEXO	92

1 INTRODUÇÃO

A essência deste trabalho abrange uma análise das nuances da ação penal com vistas a considerar a possível supressão do ordenamento jurídico brasileiro a funesta ação penal privada, e, por conseguinte, destacar a figura do Ministério Público como titular privativo da ação penal.

Ao Estado pacificador que regula as relações sociais e tutela a sociedade perante as infrações penais cometidas, cabe a iniciativa pela ação penal em decorrência do caráter público conferido a esta pela legislação pátria. Se desvirtuada essa competência, e à vítima couber a titularidade exclusiva para promover a ação penal em casos específicos, o Estado perde a sua legitimidade e condiciona à capacidade/possibilidade da vítima o início da persecução penal. Tal situação está em flagrante desconformidade com os princípios basilares do Direito Penal, sobretudo o da subsidiariedade e da fragmentariedade, além de contrapor a Teoria do Bem Jurídico Penal.

Na antiguidade, a inércia do Estado era constante diante dos conflitos sociais; ficava a cargo do particular a acusação penal. O cerne do processo tinha um caráter individual exacerbado; a seara penal não era de grande relevo por estar intrinsecamente associada à área cível, e por isso, o Estado não interferia na resolução de conflitos dessa natureza. O Direito Penal e Processual Penal foram, por muito tempo, instrumentos para se obter a vingança privada. Os avanços no que tange à publicização do processo penal sempre foram muito tímidos, e ainda hoje encontra percalços para banir definitivamente o seu caráter individualista.

A intervenção penal, forma mais radical de ingerência na vida do indivíduo, somente deve ser invocada para atender interesses sociais. Foge dos padrões constitucionais vigentes num Estado Democrático a confiança no particular para acionar a forma mais grave de punir o indivíduo; desperta um sentimento irreparável de insegurança jurídica, pois permite que um cidadão probo se veja enquadrado como réu em um processo penal caso um desafeto seu decida ingressar com uma queixa-crime. Desse modo, a estigmatização típica de um processo penal arrebatada o equilíbrio e a paz de uma pessoa correta que se vê injustiçada para satisfazer uma vingança privada, motivada por sentimentos mesquinhos.

Nos meandros da Constituição Federal de 1988 está consagrada a concessão da titularidade privativa da ação penal ao Ministério Público, em seu artigo 129, inciso I. Neste ínterim, torna-se inconciliável cogitar a existência da ação penal exclusivamente privada; este órgão estatal ganhou nova roupagem no âmbito do processo penal, excedendo em muito a atribuição antepassada de mero acusador, passando a exercer uma função ímpar no sistema penal.

A análise da Constituição Federal e da sua adesão indiscutível ao sistema acusatório público, bem como dos principais fundamentos da ação penal privada, provocaram grande desconforto em sede de legislação penal infraconstitucional em face de inúmeros preceitos que são feridos no ordenamento jurídico pátrio pela errônea ramificação atribuída à ação penal.

Nesse ponto apresentar-se-á a seguinte problematização: seria vantajosa para os fins jurisdicionais, em sede de um Estado Democrático de Direito, a atuação pessoal e tendenciosa do particular como sujeito ativo da ação penal, se existe um órgão integrante do Estado com capacidade técnica especificamente direcionada para esse fim? A título de hipótese, entende-se que não, considerando que a elevação do Ministério Público ao patamar que lhe confere a Carta Magna, de titular privativo da acusação, não só autoriza, como até exige, a extinção da ação penal privada do ordenamento jurídico criminal brasileiro, sobretudo quando se sabe que a sua atuação presume-se pautada no ideário primordial do processo penal contemporâneo, qual seja, a instrumentalidade garantista.

A relevância do tema se dá mais precisamente pela repercussão social que o crime provoca, desajustando a ordem de funcionamento social. A análise dos crimes que se procedem mediante queixa foi crucial para a delimitação do tema, porquanto em sua maioria atingem bens jurídicos de natureza puramente privada, ofendendo, sobremaneira, a Teoria do Bem Jurídico Penal, que vem sendo lentamente edificada e propõe afastar da esfera penal as condutas que não tenham grau de relevância suficiente para desestabilizar o convívio harmônico da sociedade.

Nesse sentido, tem-se como objetivo geral analisar criticamente o tema, investigando a permanência da ação penal privada no ordenamento jurídico brasileiro à luz das diretrizes constitucionais. Como objetivos específicos, apontam-se: delimitar o histórico da acusação e dos sistemas penais desde os primórdios das civilizações até o processo contemporâneo; identificar os principais aspectos históricos e pragmáticos do Ministério Público sob a égide do Estado Democrático

de Direito e, por fim, examinar a constitucionalidade e a conveniência para a vítima da ação penal privada em sede de processo penal brasileiro.

Buscar-se-á no primeiro capítulo tecer o apanhado histórico do sistema penal até as considerações teóricas necessárias ao sistema penal vigente. No segundo serão feitas considerações que apontam argumentos legitimantes à titularidade privativa do Ministério Público no manejo da ação penal, indicando as origens da Instituição, o seu progresso estrutural e enfatizando a sua real função no processo penal como acusador imparcial, sempre pautado na instrumentalidade garantista, que deve ser inerente aos processos dessa natureza.

Feitas as explanações descritas acima, no terceiro capítulo se farão os comentários sobre a ação penal em si, destacando todos os pormenores que a envolvem, inclusive a sua errônea bifurcação feita pelo legislador infraconstitucional. Pontua-se, nesse contexto, a discrepância da ação penal privada diante da deliberação constitucional pelo sistema acusatório público. Nesse diapasão, são abordadas as razões defendidas pela doutrina que apadrinha a existência da ação penal privada, demonstrando sua completa inconsistência, tomando como exemplo os aspectos práticos fundamentados na vitimologia.

A consumação deste trabalho assinala a tendência contemporânea de modernização do Direito, especificamente no que diz respeito à interpretação de normas infraconstitucionais à luz da Carta Magna e de seus princípios, e por isso o seu relevo na contribuição para desmistificar os moldes em que está descrita a ação penal e adequá-la ao estágio social em que se vive atualmente. A compreensão da seriedade técnica da ação penal atrelada aos objetivos do Ministério Público enquanto legitimado privativo nesta incumbência, deve determinar as atitudes dos juristas nesse sentido, em consonância com o que prevê a Constituição Federal.

A fim de comprovar que o processo penal pode ser mais fecundo somente com a ação penal pública, independente de ser condicionada ou não, serão inseridas no trabalho propostas significativas para suplantar a ação penal privada. Paralelamente, o Ministério Público deve obedecer com a maior eficiência possível o mister acusatório, em conformidade com os ditames constitucionais e dissociado das amarras que ainda ligam alguns de seus membros à pensamentos obsoletos.

2 O APANHADO HISTÓRICO DA AÇÃO PENAL E OS CONTORNOS DO SISTEMA ACUSATÓRIO: CAMINHOS À PUBLICIZAÇÃO DO PROCESSO

O estudo da evolução jurídica favorece uma compreensão mais ampla e efetiva do que seja o Direito Processual Penal em voga. À medida em que a sociedade global está em constante transformação, o aparecimento de novas necessidades sociais inspira o Direito Positivo e empresta aos princípios norteadores do Direito uma nova roupagem, que os reveste de conceitos atuais condizentes com a época em que são projetados. Por isso é que se faz imprescindível a análise histórica do citado ramo do Direito, com suas nuances e particularidades no que tange à ação penal e aos sistemas processuais, de modo que se vislumbrem os graus de transformação das sociedades, partindo dos primórdios da vivência humana.

A legislação de um país é criada em conformidade com os anseios sociais e com o momento cultural pátrio. É, portanto, produto de vivências anteriores consolidadas nas práticas costumeiras que ensejam na preocupação do legislador e consequente positivação das normas, influenciadas pelo modo de vida de cada povo e levadas a efeito com o rigor necessário frente a cada população em si. É insuficiente, porém, o estudo puro e simples da legislação, em face da falta de embasamento concreto e bastante na compreensão da tendência contemporânea. Faz-se minimamente necessário reviver as origens do processo penal, para que se possa tecer considerações acerca do panorama atual que o envolve.

Deu-se nos primeiros agrupamentos humanos o reconhecimento do chamado “Estado de Natureza”. As sociedades tinham pouca ou quase nenhuma estrutura e eram organizadas segundo os próprios critérios de moral e religião designados pelos costumes, crenças e hábitos vivenciados diuturnamente pelos seus integrantes. Suas regras não eram sistematizadas, nem sequer escritas. O homem primitivo mantinha condutas que destoavam de quaisquer princípios básicos que ordenassem um povo; eram movidos pelo próprio instinto que ditava as regras comportamentais a serem cumpridas.

Ante uma sociedade rudimentar, não havia distinção entre os bens jurídicos, bem como não havia diferença entre o Direito Penal e o Direito Civil, configurando-se apenas a ideia do dano de forma genérica, sendo que as formas de repressão de

ambos eram similares. Foi somente com a evolução no âmbito jurídico que se tornou salutar a separação do que repercute o ilícito civil, que faz parte do direito privado, abarcando os conflitos dos indivíduos entre si, e o ilícito penal, no qual o Estado, garantidor da ordem pública e detentor do bem jurídico tutelado, é agredido pelo particular.

O que se depreende do contexto histórico é que há uma interminável luta entre os interesses individuais e sociais. Para Mariconde (1967), a concepção política tem íntima ligação com o processo penal e pode conduzir a uma desarrazoada hierarquia entre certos interesses, ou seja, pode ocorrer a predominância da defesa dos indivíduos, através de diretrizes privadas, ou a prevalência da defesa da coletividade, através de um norteamento voltado à publicização do processo.

Independentemente da possibilidade de superposição de determinados interesses, a função punitiva existe desde o momento inicial da vida em sociedade, sob variadas facetas. Ela se manifesta onde haja, ainda que indefinidamente, um ordenamento jurídico que assegure a organização do seu povo. Foi em sede de Direito Penal que o poder punitivo encontrou seu significado maior, através de sanções consideradas apenas em seu aspecto objetivo, no seio das sociedades primitivas.

Nos primórdios das civilizações ocidentais já se pode identificar o surgimento dos três sistemas processuais como meio de solução dos conflitos de natureza eminentemente penal, através de modelos com alto grau de desenvoltura àquela época, que possibilitaram uma análise minuciosa da sua realidade social, econômica e política e determinaram o real significado dos sistemas processuais, o que favorece a compreensão da moderna conjuntura em que se encontram.

É através do estudo dos sistemas processuais como pressuposto para a publicização do processo penal que o Ministério Público adquire a titularidade para ingressar com a ação penal. O ultrapassado paradigma por meio do qual os poderes de acusar e julgar se concentravam em apenas uma figura, serve para chegar a conclusão de que na atualidade o que prevalece é a supremacia do interesse público sobre o privado.

2.1 A AÇÃO PENAL NOS PRIMÓRDIOS DA CIVILIZAÇÃO HUMANA

A evolução histórico-normativa determina a influência preponderante que o Direito exerce sobre a sociedade e seu sistema de normas, a que estão atrelados uma série de valores jurídicos. Os fatos estabelecem uma conexão histórica com os paradigmas das comunidades pioneiras servem de sustentáculo para a imagem que, atualmente, é exposta de uma sociedade complexa, plural e diversa que assimila resquícios da vida pregressa onde tinham lugar as civilizações estagnadas jurídica e culturalmente.

É na mais remota antiguidade que se tem o ápice da rudeza e brutalidade como definição das relações interpessoais. O impulso da vingança era fundamentado no instinto inconsciente do homem em manter a conservação da sua vida, do seu patrimônio e até da própria tribo à qual estava agregado. O uso da força era a maneira mais usual de resolver conflitos, pois que o Direito era indiferente e a sanção, indistinta. Pautados pelo costume, a autodefesa prevalecia a preço de sangue e tinha como consequência a retribuição do mal com o mal, como forma de distribuir justiça perante a coletividade e para satisfação do próprio ego. As primeiras demarcações da vingança individual, no entanto, denotam que a reação do ofendido era muito superior à agressão, exceto se o agressor fosse membro da mesma tribo, o que resultava no seu banimento e conseqüente entrega a outros agrupamentos .

Despidos de qualquer organização jurídico-social, os primeiros homens não apresentavam àquela época nenhuma visão de progresso, tampouco dinamismo em suas culturas. A falta de justiça organizada os manteve em posição arcaica, pejorativamente rotulados de "selvagens", como ficou denominado o seu estado social. As vinganças pessoais tornavam-se cada vez mais implacáveis, era uma questão de honra indelével a ser perseguida sem noção de limite, adquirindo tempos depois uma feição sagrada, de modo a exaltar o divino a fim de justificar a sua ira.

2.1.1 Vingança defensiva: A abrangência da ação punitiva

Na ausência de um Estado Organizado com o monopólio da jurisdição, os povos antigos constituíram a vingança privada como forma de composição dos conflitos, e tendo-a como uma solução adequada e natural para as desavenças ocorridas, não buscaram impor limites às suas atitudes, tampouco estabelecer fundamentos, como já citado supra. Os hábitos violentos das sociedades primitivas eram de tão grande monta, que cotidianamente havia guerras sucessivas embaladas pelo uso da força indiscriminada, pelos excessos empregados às cegas e pelos abusos e injustiças comumente realizados. As pessoas ora ofendidas se posicionavam sempre de forma alheia às circunstâncias que envolviam o ato, bem como às particularidades do crime, o que justifica a ausência do conceito de culpa nas origens do Direito Penal. O que se levava em consideração era tão somente o resultado apresentado, sem distinção entre a ação intencional e a acidental, fato que ocorreu tempos depois com o surgimento do Iluminismo, movimento que protagonizou a criação do dolo e da culpa.

Pautadas pelo desejo infundável de retribuição, as primeiras manifestações do que hoje se chama de Direito Penal retratam o enredo de liberdade punitiva onde até o clã a que pertencia o ofensor poderia ser atingido pela represália, desencadeando uma guerra de honra tribal. Assegura Rosa (1995, p. 36):

Isto, como não poderia deixar de acontecer, redundou em terríveis e intermináveis guerras entre os clãs, hordas, famílias. Em alguns países, na Itália, por exemplo, o sentimento de honra era tomado muito a sério, e aquele que não vingasse a ofensa sofrida por algum parente era considerado “desonrado”, indigno até de se casar com moça da sociedade, repellido das rodas sociais. Havia ocasiões em que se matava toda uma família ou todo um clã, inclusive mulheres e crianças recém-nascidas, prevendo o perigo de uma vingança futura e tardia, na pessoa do próprio ofensor, ou de um de seus descendentes.

As famílias passaram a considerar, a depender do crime cometido, a compensação pela ofensa através da composição, que consistia num pagamento em dinheiro a fim de extinguir a culpa. Essa ideia foi abarcada posteriormente como pena de multa nas legislações penais.

Com a evolução, ainda que embrionária, a retribuição passou a ter caráter individual e a Lei de Talião foi designada com o fim de legitimar a devolução dos agravos. O jargão “Olho por olho, dente por dente” ganhou importância como medida mais eficaz contra aquele que originou o conflito, progredindo, porém, quanto à liberalidade da pena: já não se admite penas desmedidas, faz-se agora imperiosa a sua proporcionalidade.

A Lei de Talião e o instituto da composição foram consagrados nos primeiros códigos escritos, tendo como pioneiro nesse aspecto o Código de Hamurabi, a legislação mais antiga do mundo, promulgada em torno de 2.250 anos antes do nascimento de Cristo. Em Roma, no ano de 452 a.C., o primeiro direito escrito se revelou na Lei das Doze Tábuas, que também instituiu a composição e a Lei de Talião, esta manifestamente defendida por Platão e Maomé, que deixou escrito no Alcorão: “quando exerceres represálias, tende cuidado que sejam iguais às ofensas recebidas”. É o que leciona Rosa (1995, p. 37).

No entender de Kant, era por questão de justiça que a pena deveria ser aplicada a quem cometesse algum delito. Assim, aduz Brandão (2008, p. 282) que

ainda que a sociedade resolva dissolver-se pelo consentimento de todos os seus membros, como é o caso, por exemplo, de um povo que morasse em uma ilha, decidindo abandoná-la e dispersar-se, deveriam, antes, executar o último assassino que estivessem (*sic*) em seu cárcere, para que cada um sofra a pena de seu crime. Em caso contrário, o crime de homicídio recairá sobre o povo que deixou de aplicar o castigo.

Num estágio mais evoluído de civilização, a pena aparece com um caráter sacro, a justiça era praticada em nome de Deus e a punição era uma forma de expiação, purificação diante da divindade. O descumprimento dos mandamentos de Deus estava intimamente relacionado à ideia de pecado, era uma espécie de provocação à divindade, e, assim, quem violasse Suas Leis seria castigado e, em se tratando de alguns crimes específicos como a feitiçaria, traição e sacrilégio, a pena era de morte pública. O rigor que a Igreja mantinha perante os desobedientes pode ser visualizado nos dizeres de Rosa (1995, p. 40), quando aduz:

A autoridade religiosa não se limitava a punir espiritualmente. Ela se utilizava da violência e das penas físicas para manter a disciplina da Igreja. A pessoa excomungada tinha todos os seus bens

confiscados; era marcada na carne e no rosto, para se caracterizar sua ignomínia; devia ser evitada como se evitasse um leproso; sua casa era assinalada para que ninguém nem passasse na porta; atiravam-se pedras nela e em seus familiares. Para que o excomungado ficasse mais odiado, punia-se também a localidade onde ele residia: ficavam proibidos cultos ali, sacramentos, batismos, comunhões, casamentos; suprimia-se ainda, a sepultura eclesiástica. Com isso o pânico apoderava-se do público e erguia-se uma indignação geral contra o infeliz.

Esse período das penas mais cruéis advindas do fanatismo religioso se prolongou desde muitos anos antes de Cristo até a Revolução Francesa, no século XVIII. O Direito Canônico, portanto, exerceu papel inspirador na legislação penal da Idade Média, que foi regida por dogmas criados pelas próprias sociedades, onde a vingança pessoal era fortemente encarada como um direito à reparação do dano, e a vingança sagrada tinha feição de um dever, a expiação sagrada da agressão, conforme explica Rosa (1995). Nota-se claramente que esse momento foi marcado pela total ausência de aplicação centralizada da justiça.

A Igreja, porém, foi uma instituição poderosa que, sobrevivendo à época medieval, organizou hierarquicamente o seu poder, centralizando-o e sobrepondo os seus interesses aos das estruturas frágeis e dispersas. Os papas, fortalecidos pelo movimento das Cruzadas, ganhavam cada vez mais o apoio popular e, assim, exerciam livremente a sua incumbência, cientes de que estavam no ápice da sua soberania frente à sociedade de então.

O direito canônico era a principal fonte jurídica da Idade Média. Na verdade, durante a quase totalidade desse período, era o único direito escrito e sistematizado. As dificuldades de acesso às informações e à cultura em geral fizeram com que o direito laico evoluísse timidamente, permanecendo em grau inferior ao direito da comunidade religiosa dos cristãos.

Os fatos que demarcam a transposição de um período da história para outro mais avançado é, sem dúvida, a cientificidade que ganha o direito de punir, afastando as penas iníquas e introduzindo no contexto penal os objetivos sociais e os fins do Estado como modelo de organização jurídica.

2.1.2 A aparição do Estado como titular do direito de punir

As primeiras regras jurídicas se manifestaram inicialmente nas primitivas tribos, com uma distinção ainda arcaica e desprovida de qualquer arcabouço científico dos conceitos de lícito e ilícito. Os selvagens representavam esses conceitos com duas palavras antagônicas: “*noa*” e “*tabu*”, significando aquela o lícito, o ato permitido sem interferência na sua liberdade, e esta determinando o que é proibido, ilícito. Costa (2009) assim descreve o período primitivo da história do Direito Penal.

Ocupando o espaço da vingança divina, a vingança pública tinha como fim primordial a humanização das penas, num período onde o crime, o criminoso e a pena, ganharam contornos mais suaves, considerando-se as penas aflitivas de outrora. A tortura ora empregada passou a ser definida como materialização da irracionalidade e desumanidade. À época em que foi instituída, teve grande aceitação, afinal estava sucedendo aos juízos de Deus. Diante do amadurecimento intelectual da sociedade, a tortura passou a ser prática abominável, segundo o que expõe Rosa (1995).

As sociedades simples perceberam, então, a necessidade de firmar um pacto, abdicando dos seus direitos ilimitados e fundando assim o Estado. Conforme ensina Azambuja (*apud* Coutinho, 2001, p. 16):

Locke, como vimos, baseia o contrato, e portanto o Estado, no consentimento de todos, que desejavam criar um órgão para fazer justiça e manter a paz [...] Por fim Rousseau, sobre cuja influência já falamos, entende que o contrato deve ter sido geral, unânime e baseado na igualdade dos homens.

O que se buscava era um modelo de processo efetivo, que respeitasse os direitos individuais e tivesse eficácia no combate à delinqüência, além de empreender esforços no sentido de manter a paz social. Mariconde (1967, p. 133) explica a busca dos filósofos pelo modelo ideal:

El espíritu crítico de los filósofos encontró en el pasado y en el presente las instituciones procesales que satisfacían sus exigencias:

en la ilustre República romana y en Inglaterra, que se salvó de la inquisición debido tal vez a su tradicionalismo.

É a idealização de Rousseau, que propugna pelo Estado democrático, voltado para o bem comum; a indisposição de Voltaire diante da igreja e a proposta de Montesquieu de separação dos poderes que inspiram o surgimento de um Direito Penal como ciência. Beccaria, acertadamente, contraria os despropósitos inquisitivos e busca impor limites entre a justiça divina e a justiça humana.

A análise do delinquente passa a ter um enfoque mais social, abrangido pelo que mais tarde se consolidou como direitos e garantias individuais, insculpidos primeiramente na Magna Carta em 1215, na Inglaterra, a “Pátria dos Direitos Humanos”, ferrenhamente defendida no Brasil por Ruy Barbosa. Após esse marco, o que se viu foi um sistema processual mais condizente com a realidade humanista. A declaração dos direitos humanos proporcionou uma nova concepção de homem e introduziu novos paradigmas na sociedade. Somado a isso, Rosa (1995) ainda aduz que as leis adquiriram outra faceta e colaboraram com a eliminação por completo da antiga denominação de “delitos públicos” e “delitos privados”. Este fato constituiu grande avanço no sentido de demonstrar que a sociedade passava a compreender que a seara penal, pela gravidade de suas sanções, não poderia ser permeada por delitos privados.

Foi, enfim, com o fortalecimento dos Estados considerados individualmente, que aos poucos se consagrou a chamada Justiça Penal como precursora dos fins públicos a que se propõe um ordenamento jurídico calcado no direito de ampla defesa de todos os cidadãos. Esses critérios de justiça dão larga margem para a titularidade do direito de punir concedida ao Estado; este inicia um processo de fortalecimento em contraposição à insegurança oferecida pela autodefesa e adquire o monopólio da justiça, fincado na reprovação que os particulares passaram a receber por tomar a justiça pelas próprias mãos. Neste caso tornou-se fácil inferir que, em regra, a ação era pública, podendo ser exercida pelo ofendido em alguns casos. O que ocorre agora, diante de visível afronta a um bem juridicamente protegido, é a devida submissão à tutela jurisdicional, consubstanciada na equidade e imparcialidade do órgão estatal, para que seja solucionado o conflito com a correspondente sanção ao autor.

2.2 OS SISTEMAS PROCESSUAIS NA ANTIGUIDADE

Nos últimos anos da Idade Média o Cristianismo começou a se impor nas principais sociedades e, principalmente, no Império Romano. Era tido como o único modelo perfeito de religião, embora só tenha recebido importância social e política no Império Romano com o Edito de Tolerância de Milão em 312 d.C. Foi nesse momento que se tornou a religião oficial e a Igreja obteve posição de destaque entre as principais instituições.

Durante os séculos XII e XIII, na chamada Baixa Idade Média, o poder eclesiástico atingiu seu ápice. Neste período os poderes dos reis eram condicionados à aprovação da Igreja, que podia sagrar ou excomungá-los. A partir deste contexto, Napolini (2002, p. 241) vislumbra o nascimento da inquisição:

Nesse período é que teve início a Inquisição, criada para combater toda e qualquer forma de contestação aos dogmas da Igreja Católica. Recebeu essa denominação devido ao processo *per inquisitionem* utilizado pelas cruzadas religiosas no combate às heresias.

A autora explica que a Igreja iniciou uma perseguição a qualquer grupo ou indivíduo que contestasse seus valores ou ameaçasse a fé de seus seguidores. O termo heresia era tido de forma ampla, identificando como hereges os judeus, mouros e supostos praticantes de bruxaria. Inicialmente, no período feudal, o poder se concentrava nos feudos e as pessoas eram julgadas por membros do clero. Posteriormente, com a destituição do Feudalismo essa competência se bifurcou entre os Tribunais Eclesiásticos e os Tribunais Seculares.

A grande influência para a bipartição da competência para o julgamento desses crimes foi a necessidade que a Igreja teve de contar com o auxílio do Estado para combater as heresias. Justamente por este fato tais crimes passaram a ser denominados de “lesa-majestade”, tendo sua competência para julgamento estendida aos Tribunais Seculares.

Em geral as penas eram excessivamente radicais, como execução por fogo, trabalhos forçados, prisão, e sempre o confisco de bens de forma cumulativa. A

Inquisição se expandiu por quase toda a Europa e começou a declinar a partir de alguns acontecimentos que constituíam ameaça aos poderes eclesiásticos.

No momento de instabilidade europeia frente à escassez de alimentos e aumento dos preços das mercadorias em virtude do inesperado crescimento demográfico, a política absolutista se preocupava em não perder credibilidade e poder, fazendo o que fosse possível para conter a pressão popular. Naspolini (2002, p. 242) demonstra o fortalecimento dos aspectos políticos da Inquisição a partir deste momento:

A Inquisição Medieval, inicialmente criada pela Igreja para combater as heresias, em sua versão moderna, além de revelar-se muito mais violenta, apresenta também uma dimensão política, que foi sendo desenvolvida desde seu surgimento, principalmente com sua utilização pela nobreza na perseguição de indivíduos que constituíam ameaça ao seu poder.

O Sistema Inquisitivo perdia força na Europa na medida em que o movimento filosófico inspirava o pensamento político e social. O sentimento humanitário crescia e as condições estabelecidas que implicassem na repressão dos delitos tornaram-se excessivamente rigorosas.

Aquilo que era considerado necessário à manutenção da paz social passou a ser visto como excesso. O Movimento Reformista do século XVIII acabou por demonstrar que a onipotência do Estado não poderia reduzir ou suprimir completamente os direitos individuais, reconhecendo a premente necessidade de substituição do sistema absolutista pela república. Deste modo, as críticas ao sistema nasceram, e se multiplicaram à medida que as ideias eram disseminadas.

Tais anseios impulsionaram, paralelamente às inovações legislativas da época, o aparecimento do sistema misto ou acusatório formal, que pode ser visto como parâmetro para a maioria dos sistemas processuais penais modernos, inclusive o brasileiro.

O sistema recém-nascido era composto por influências dos sistemas acusatórios Grego, Romano e Inglês, além do sistema inquisitivo que fora suplantado. Na verdade sua composição era dividida em duas partes: a primeira, chamada de instrução, marcada pela forma escrita e secreta, tinha como objetivo a investigação dos fatos pertinentes ao crime. A segunda, chamada de juízo, era

pautada por características acusatórias, a exemplo da oralidade e publicidade. Conforme ensina Prado (2001, p. 112):

Atende a etapa preliminar, ou de instrução, ao propósito declarado de otimizar os meios de apreensão dos elementos que constituirão o núcleo do trabalho a ser desenvolvido na fase seguinte, e ao objetivo implícito, de realização pública e obrigatória do direito penal [...].

A sociedade não se via plenamente realizada com o alcance da revolução, e assim insurgiu uma pressão que resultou na reformulação da fase instrutória. Passou-se a almejar maior participação do acusado na investigação, e a forma secreta foi cedendo espaço ao contraditório e à ampla defesa. A intenção era introduzir o máximo possível do modelo acusatório à instrução preliminar para fazer com que o sistema tivesse uma aparência eficaz e justa de processo penal.

A aparição do sistema acusatório como representativo dos avanços em sede da legislação brasileira se deu em meio aos desconfortos causados por sistemas diminutos, despidos de qualquer coerência com as exigências sociais. É marcado prioritariamente pelo brocardo *nemo in iudicium tradetur sine accusatione*, que aduz que ninguém pode ser levado a juízo sem acusação; é de onde advém o seu nome: sistema acusatório, que garante um processo penal essencialmente garantista. Os modelos grego e romano, que serão analisados mais detidamente a seguir, serviram de base estrutural para o nascimento e desenvolvimento do sistema acusatório que ainda hoje não se edificou, de modo que, guardadas as devidas proporções, representaram um avanço significativo se comparado às sociedades mais primitivas.

2.2.1 O Sistema prevalente na Grécia

Na formulação do esboço do que hoje se denomina Direito, os textos da filosofia grega fundamentaram os estudos jurídicos da época; embora estivessem aquém do paradigma romano nesse aspecto, a Grécia delineou claramente três períodos no que respeita à história da prática penal, sendo eles a vingança privada,

a vingança divina e por fim, a extensão da religião e do temor à divindade, conforme ensina Lago¹.

Atenas, capital cultural da Grécia Antiga, foi concebida como o foco do exercício da justiça penal, esta identificada prioritariamente por atitudes positivas diretas dos cidadãos gregos na acusação, que era norteadas pelos princípios da oralidade e publicidade, além de uma atuação equidistante do juiz. Essa junção de aspectos democráticos rotulou o direito grego de modelo importante a ser analisado na definição dos sistemas processuais penais vigentes.

Foram quatro os tribunais de relevante importância na administração da justiça. Hierarquicamente, a Assembleia do Povo foi o maior e tratava de julgar crimes em que a República fosse parte interessada, assim como delitos políticos considerados de maior gravidade. Segundo Mariconde (1967), a Assembleia era convocada por um arconte, não se submetia a nenhuma formalidade e o réu não possuía garantias. A gravidade das infrações justificava essa atuação que, no particular, diverge do princípio acusatório. *Mutatis mutandis*, os atuais crimes hediondos no Brasil, não obstante as últimas reformas de ordem garantista, se assemelham aos crimes julgados pela Assembleia do Povo em relação à restrição de garantias em virtude da gravidade do delito.

Em seguida, tem-se o Areópago, tradicional tribunal de Atenas, composto por números variados de arcontes. Sua forma de julgamento intrigava a sociedade, isto porque as sessões aconteciam à noite, o voto era secreto e de cunho eminentemente jurídico e com vistas às alegações das partes. Era restrito aos crimes de homicídios premeditados, envenenamento, incêndios, traição e mutilação.

Já os Afetas compunham um Tribunal de 51 juizes eleitos anualmente dentre os componentes do Senado. Sua competência era delimitada por crimes culposos ou não premeditados. E por fim, o Tribunal dos Heliastas era formado por cidadãos maiores de trinta anos, que não estivessem em falta com o Estado e contassem com uma reputação ilibada. Tratava-se, na verdade, de um Tribunal do Júri em que era possível fazer um julgamento com até mil Heliastas. Sua competência era praticamente plena, e com o fortalecimento da democracia ganhou

¹ Disponível em: <www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_30005.pdf>. Acesso em 12 jul. 2011.

posição de destaque e aumento de poderes. Lago² demonstra como se deu tal divisão.

Vencida a superposição da vingança privada, os julgamentos começavam a ser procedidos de forma pública e oral, os juízes decidiam de acordo com seu livre convencimento e pela apreciação das provas produzidas pelas partes, devendo estas reunir o arcabouço necessário à convicção dos julgadores.

Os procedimentos variavam muito a depender do tribunal que exercia o julgamento, mas algumas características gerais eram vistas e foram anotadas por Prado (2001, p. 87):

- tribunal popular, conforme o princípio da soberania do povo;
- acusação popular [...];
- igualdade entre acusador e acusado, que, de ordinário, permanecia em liberdade durante o julgamento [...];
- publicidade e oralidade do juízo, que se resumia a um debate contraditório entre acusador e acusado [...];
- admissão da tortura e dos juízos de Deus como meios de realização probatória;
- valoração da prova conforme íntima convicção de cada juiz;
- restrição do direito popular de acusação em certos crimes que mais lesavam o interesse particular do indivíduo do que o da sociedade;
- decisão judicial irrecorrível.

Daí se vislumbra as primeiras noções do Sistema Acusatório implantado à época, consoante os julgamentos dos delitos emplacados por órgão diferente daquele que acusa. Embora permeado de traços privados no bojo do Processo Penal, se comparado com as sociedades mais arcaicas, nota-se uma distinção peculiar, pois o avanço é visível e o aprimoramento nas regras jurídicas, implacável.

2.2.2 O Sistema prevalente em Roma

Baseado em características inquisitivas, a jurisdição criminal da Monarquia em Roma era presidida pelo Rei, que detinha poderes absolutos, ou por seus funcionários minuciosamente determinados. Não havia limites legais impostos aos

² Ibidem.

juizadores, que exerciam suas atribuições deliberativas e instrutórias livremente, impulsionando o sistema procedimental chamado de *cognitio*, onde bastava a *notitia criminis* para que o magistrado procedesse às investigações.

O implemento de uma apelação à população, chamada de *provocatio ad populum*, introduziu certa democracia no processo penal, pois constituiu o primeiro elemento de garantia do acusado, embora revestido de caráter político, ensina Lago³. Tal benefício do acusado, que era dotado de efeito suspensivo, proporcionava um novo julgamento através de comícios integrados pela Assembleia do Povo. A soberania popular valorou princípios e abriu portas à República.

Com o surgimento da nova forma de governo, o processo penal ganhou adornos do sistema acusatório (*accusatio*), introduzindo um procedimento oral, público e contraditório. Os julgamentos eram feitos pelas assembleias populares mistas e excepcionalmente pelo Senado, que por vezes delegava tal função a outros funcionários Estatais.

Neste período não havia ainda uma investigação anterior, o processo era inculcado por debates orais e calcado no contraditório, cabendo às partes procurar provas e produzi-las. Nesse contexto, o papel do Estado se restringia ao conhecimento e julgamento da ação delituosa.

Maier (*apud* Prado, 2001) destaca como principal mérito deste sistema a análise mais racional da prova, que deixa de ter caráter mítico e subjetivo, e passa a obter um conhecimento objetivo de reconstrução dos acontecimentos através dos vestígios.

A princípio, cabia a qualquer cidadão o poder-dever de acusar, exceto aos magistrados, às mulheres, crianças e as pessoas com maus antecedentes. Aspecto importante que demonstra a aparição da indisponibilidade da ação penal é o fato de que, sendo admitida a acusação, o acusador devia prestar juramento onde se comprometia a sustentá-la até o final do processo. O referido sistema era completamente baseado na idéia de que o delito afetava a toda sociedade, a qual era protegida por seus membros. Ocorre que, a eficácia ficava condicionada ao desejo da população de preservar a justiça e a paz social.

A missão de preservar a República estava na responsabilidade dos particulares, que não mais suportavam os encargos da acusação, embora existisse

³ *Ibidem*.

a possibilidade de recompensa, e passaram a se omitir diante dos delitos, desenvolvendo um crescimento da impunidade. Diante de tais fatos, percebe-se a incongruência do condicionamento da repressão do Estado à iniciativa privada. O processo penal mostrou-se insuficiente; era composto por vinganças, falsas acusações ou até mesmo esvaziado por conta da ausência de acusadores. Neste diapasão, reconhecendo a transferência da soberania do povo para o Imperador, a República perde seu poder e o Império emerge com força.

O afastamento do sistema acusatório se deu gradativamente e se consolidou no momento em que os Magistrados tinham seus poderes alargados de tal maneira que passavam a ter em suas mãos as funções de acusar e julgar. Tal fato era justificado pelo desamparo dos fracos que não podiam sustentar a acusação e pela conseqüente impossibilidade de solução de conflitos.

Maier (*apud* Prado, 2001, p. 92) define claramente o referido momento em que se encontrava o Processo Penal:

La denominación misma, *cognitio extra ordinem*, revela precisamente las dos características fundamentales de este procedimiento: el renacimiento de la *cognitio* como método de enjuiciamiento penal que presuponía la omnipotencia procesal al reunir, en una única mano, por lo menos, dos de las funciones principales del procedimiento, la requirente y la decisoria; y su regulación como sistema de excepción deestinado a suplir la inactividad y complejidad del antiguo régimen acusatorio, ya corrompido, y a otorgar mayor poder a las crecientes necesidades de la nueva organización política.

O aumento dos casos em que o processo penal se originava de ofício pelo juiz proporcionou a estruturação das investigações preliminares realizadas pelos agentes públicos. Esta fase foi marcada pelas primeiras fórmulas lapidares da inquisição e pode ser considerada como o “berço” dos atuais inquéritos policiais.

2.3 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

A independência processual penal brasileira começou com a autonomia política do país. A Constituição de 1824 foi a primeira após a colonização e,

outorgada pelo imperador, estabeleceu os direitos civis e políticos dos cidadãos, inclusive inaugurou determinadas garantias.

Em 1832 foi editado o primeiro código de processo penal brasileiro, rotulado de Código de Processo Criminal do Império. Essa legislação concentrava imensamente os poderes nas mãos dos juizes, que deviam iniciar de ofício o processo acusatório por crimes públicos. Havia ainda a ação penal pública a cargo do promotor público ou de qualquer do povo, a acusação particular e as denúncias policiais.

A influência do sistema inquisitório é premente na origem do processo penal brasileiro, mas há que se notar o avanço que o Código de Processo Criminal do Império representou perante as Ordenações Filipinas. Contudo, em 1841, com a abdicação do Imperador, o processo penal tornou-se mais rigoroso, com o deslocamento de funções jurisdicionais para o chefe de polícia e seus delegados; antecipando o regulamento destinado às contravenções penais.

Esse sistema perdurou até 1889, quando se proclamou a República e foi instituído um modelo federalista inspirado nos Estados Unidos. Segundo Prado (2001), que explicita brilhantemente a evolução dos sistemas penais nas constituições, desde 1871 o movimento de reforma processual ganhava forma, sendo a instituição da República um marco para que uma transformação fosse efetivada.

O aspecto federalista deferiu aos estados membros a competência legislativa processual penal, apesar de fazer algumas ressalvas. Marques (*apud* Prado, 2001, p. 192), definiu as principais feições do sistema processual penal brasileiro naquele momento histórico:

Quando a pluralidade processual foi instaurada, era nosso processo penal informado pelos seguintes princípios: oralidade de julgamento e processo escrito para a instauração ou formação de culpa; contraditório pleno no julgamento e contraditório restrito no sumário de culpa; processo ordinário para os crimes inafiançáveis e afiançáveis comuns ou de responsabilidade [...] inquérito policial servindo de instrumento de denúncia ou queixa, apenas nos crimes comuns [...] essa fragmentação contribuiu para que se estabelecesse acentuada diversidade de sistemas, o que, sem dúvida alguma, prejudicou a aplicação da lei penal.

Após a aparição do Estado Novo, mediante o golpe de estado de 1937, foi implantado o Código de Processo Penal Brasileiro, através do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, e que, mesmo após inúmeras alterações, vigora até hoje.

Mesmo diante da evolução legislativa, encontrar uma definição precisa e qualificada para o sistema processual estabelecido no nosso Código de Processo Penal (CPP) é uma tarefa extremamente complexa. Isso se comprova pelos mais diferentes posicionamentos da abalizada doutrina penalista pátria. O que se deve ter em vista é que não existe mais um sistema plenamente puro. Conforme assinala Binder⁴, os sistemas processuais atuais podem se caracterizar de duas formas: essencialmente acusatórios com algumas características inquisitivas; ou essencialmente inquisitivos com algumas influências acusatórias. É o que o autor descreve como sendo o caso do Brasil, este último.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), indubitavelmente, aderiu ao processo penal acusatório; o grande desafio é repercutir tal fato nas legislações infraconstitucionais extremamente ultrapassadas. São inúmeros os preceitos constitucionais que visam garantir a aplicação do princípio acusatório e dentre eles encontram-se: o princípio do juiz natural, visando garantir a imparcialidade no julgamento; a acusação oficial pelo Ministério Público; a ampla defesa e o contraditório; além de outros não menos relevantes distribuídos ao longo da Carta.

Durante o procedimento judicial, nota-se uma atuação do juiz que foge à regra constitucional do art. 129, que preceitua ser a acusação privativa do Ministério Público, visando justamente distinguir as funções de acusar e julgar. O código de processo penal confere ao juiz poderes que exorbitam da sua função de julgador imparcial em incontáveis dispositivos, inclusive, recaindo em grande influência inquisitiva.

A acusação a cargo do Ministério Público é um dos pilares do sistema acusatório, principalmente pela importância que a Constituição Federal proporcionou à instituição. Em face de um Estado Democrático de Direito, o sistema acusatório é a mais sublime expressão democrática, o que revela acerto prático nos mandamentos constitucionais perante o processo penal. Assim, a acusação exclusivamente privada, que tem sede infraconstitucional, é um dos resquícios de uma legislação

⁴ Disponível em:

<http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=37&Itemid=27>. Acesso em: 15 mai. 2011.

completamente ultrapassada e que não se coaduna com o contexto atual. A Constituição Federal concedeu ao Ministério Público o encargo da acusação, permitindo a titularidade do particular subsidiariamente apenas, consistindo um contra-senso a ação penal exclusivamente privada, principalmente no que tange aos seus pressupostos de existência, fato que será estudado adiante mais detidamente.

3 MINISTÉRIO PÚBLICO: ORIGENS E RELEVÂNCIA DA FUNÇÃO ACUSATÓRIA

Condensado à ideia ora difundida neste trabalho, está o órgão estatal que contribuiu para a aparência moderna do processo penal e mostra-se essencial na busca pela justiça no Estado de Direito, o que explica a sua inserção dentre “as funções essenciais da justiça” na CF/88. O Ministério Público adquiriu feições autônomas e obteve caráter de instituição permanente em capítulo próprio na atual Carta Magna, afastando-se do âmbito de quaisquer dos poderes republicanos e fortalecendo sua independência mediante atribuições específicas e imprescindíveis à conservação do Estado Social.

Os parâmetros da atuação do órgão ministerial foram estabelecidos com vistas a promover sua atuação na esfera judicial, bem como na extrajudicial, sempre no intuito de atender aos clamores sociais na defesa dos interesses dos cidadãos enquanto membros da coletividade, sem, contudo, relegar os direitos difusos e individuais indisponíveis. Prima o *Parquet* primordialmente pela defesa da ordem jurídica e do regime democrático, premissas basilares para sua manifestação, insculpidas no artigo 127 da Lei Maior, além de contribuir para a real efetivação das liberdades públicas, corroborando os ditames da justiça social e proporcionando uma existência digna à sociedade.

No que concerne ainda às suas atribuições amplamente consideradas, é dever do Ministério Público o fortalecimento da cidadania e de todos os direitos por ela abrangidos, exigindo que o Poder Público aja no sentido de neutralizar qualquer força que esteja direcionada a desestruturar o sistema democrático. Deve ser uma Instituição arraigada em valores éticos na busca por tratamentos equânimes na solução das contendas. Não detém apenas o poder de acusação, mas o de fomentar a justiça como arcabouço da pacificação social.

Diante do exposto, sendo este órgão estatal dotado das atribuições mais essenciais à defesa da sociedade, é indispensável a análise minuciosa dele como titular do direito de punir. Identificar as suas origens e o estágio evolutivo em que se encontra, possibilita uma maior transparência no papel que desempenha junto ao processo penal moderno e paralelamente ao sistema acusatório ora implantado.

É notável o seu desenvolvimento no sentido de propiciar a aplicação do processo penal conforme os preceitos constitucionais vigentes, embora as

legislações penais estejam ultrapassadas, afastando-se daquilo que buscou o constituinte proteger. É nesse contexto que surge o *Parquet*, sendo *dominus litis*, com a incumbência de deflagrar a ação penal e zelar pela constante subsunção às leis.

A sua função acusatória é indubitável, contudo cabe ao Ministério Público velar pela garantia dos direitos do acusado na mesma proporção, procurando evidenciar um modelo justo de processo penal. Por isso é que o processo não deve constituir um fim em si mesmo e sim um instrumento à aplicação da sanção imposta pelo Estado, numa visão garantista empreendida em favor do acusado.

Todavia, para que a atuação do órgão se coadune com a missão que a Constituição Federal lhe confiou, faz-se necessária a comunhão do pensamento do legislador infraconstitucional com os paradigmas constitucionais, vez que a atividade legiferante continua vinculada à concepção inquisitiva, o que obsta a aceitação da Instituição como única titular na movimentação da ação penal.

3.1 ORIGENS DA INSTITUIÇÃO

Não existe ainda um consenso quanto à origem exata do Ministério Público. Há posições divergentes que remontam para determinados períodos e lugares da história, cada uma munida de argumentos que, juntos, convergem para a afirmação do Ministério Público como detentor de raízes na Antiguidade.

Assim, há quem defenda que o Egito impulsionou os primeiros passos da Instituição através de um funcionário real chamado Magiaí, que cuidou de zelar pelos interesses do soberano, reprimir condutas na forma de castigo aos transgressores, bem como dar proteção e assistência aos cidadãos. Outra defesa se sustenta a origem do órgão ministerial se deu pelo desmodeta, funcionário grego que era responsável pela vigilância da correta aplicação da lei. Já em Roma, acredita-se que os *advocatus fisci* e os *procuratores caesaris*, tidos como protetores e administradores dos bens do Imperador, foram responsáveis pela aparição primeira deste órgão. Em meados do século XVII adquiriram maior autonomia e passaram a ser os acusadores oficiais.

Contudo, não obstante tais funções se assemelharem às do *Parquet*, há uma inclinação pela ideia de que foi na França que a instituição consagrou suas feições iniciais e permaneceu até que, em 1302, fosse criado o Ministério Público, pautado na imagem dos procuradores do Rei. O grande problema na percepção do marco inicial da instituição é a escolha do parâmetro a ser seguido, afinal, ainda não há uma definição consensual quanto às suas funções e natureza jurídica, modificadas de acordo com a ideologia do país.

A doutrina aponta a separação das funções do processo penal como impulso para a aparição do *Parquet*. Conforme foi esposado durante o primeiro capítulo, ao longo do tempo a função de acusar era encargo do próprio ofendido, ou mesmo do povo. Nesta esteira aduz Carrara (*apud* Garcia 2005, p. 09):

Quando o povo romano, privado de todo poder político pelas usurpações do Império, adormeceu na obediência passiva, nenhum cidadão, salvo, excepcionalmente, os ofendidos, quis mais assumir o odioso risco de acusar os delinquentes.

Em virtude disso, surgiu a perseguição aos delitos movida *ex officio* pelos juízes, concentrando nas suas mãos as funções de acusar e julgar. Neste período emergiram duas figuras que ainda não condiziam com o ofício de acusador oficial: os *curiosi* e os *stazionarii*, que tinham função semelhante à da polícia investigadora.

Pelos fatos narrados acima é que grande parte da doutrina considera a França como propulsora do Ministério Público. Neste sentido o magistério de Roxin (2003, p. 121):

El ministerio público, que, como es conocido, tiene su origen en el Derecho francés y hunde sus raíces en la Gran Revolución francesa del siglo XVIII es, entoces, herencia del Iluminismo; él cobró vida como medio de liberación ciudadana y no como instrumento de represión autoritaria.

Perante o posicionamento do mestre alemão, percebe-se o enorme significado do Ministério Público, principalmente quando afastou das mãos do juiz a atribuição de acusar, aproximando o processo penal de um sistema acusatório com maiores garantias.

3.2 MINISTÉRIO PÚBLICO PRÉ E PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988

É certo que durante o período colonial no Brasil vigiam as normas do Direito Português, contudo, ainda não se via uma estrutura do *Parquet*, que veio aparecer séculos depois. A fase monárquica foi preponderante para o surgimento da Instituição. A Constituição Imperial de 1824 não disciplinou especificamente o Ministério Público, embora houvesse a figura de um procurador da coroa, encarregado de proceder a acusações que fugiam da competência da Câmara dos Deputados.

Houve referências ao promotor da ação penal em algumas legislações criminais da época, mas, como a denúncia podia ser oferecida por qualquer cidadão, como consta no artigo 74 do Código de Processo Criminal de 1832, ainda não havia relevância significativa a função ministerial. O pouco prestígio que a Instituição obteve fica evidenciado pelo fato de que os eleitores podiam ser jurados e estes podiam ser promotores, ou seja, um analfabeto, que era incumbido de ser eleitor e jurado, estava apto a ser promotor.

Em virtude do grande relevo histórico da Lei 2.040, de 28 de setembro de 1871, chamada de Lei do Ventre Livre, foi concedida aos promotores a função de levar a efeito o registro e a proteção dos filhos libertos dos escravos.

Em suma, durante a fase monárquica, determinadas inovações legislativas deram ao Ministério Público certa organicidade e um perfil institucional, mas foi na gênese do período republicano, iniciado pelo Governo Provisório da República, que significativos avanços relacionados ao *Parquet* aconteceram.

A Constituição Republicana de 1891 integrou o Ministério Público ao Poder Judiciário, tomando para si a determinação das formas de escolha e atuação de seus membros. Mas foi no artigo 158 do decreto 9.272, de 1911, que houve importante preceito a respeito de tal órgão estatal: “O Ministério Público, perante as autoridades constituídas, é o advogado da lei e o fiscal de sua execução, o promotor da ação pública contra todas as violações do direito”. Neste período, torna-se visível a aproximação da instituição com os regramentos atuais.

A Constituição de 1934 agregou o órgão ao Poder Executivo e o individualizou, inserindo-o dentre os órgãos de cooperação das atividades governamentais.

Ultrapassando a Constituição de 1937, que dispensou tratamento perfunctório ao Ministério Público, adveio a de 1946, que conferiu título próprio a ele e o desvinculou dos demais poderes estatais. Neste contexto, tornou-se exigível a estabilidade, a inamovibilidade e a necessidade de concurso público para ingresso na carreira, características atuais indeléveis da Instituição.

A Carta de 1967 não insculpiu alterações significativas na aparência do órgão ministerial, mas o introduziu novamente no bojo do Poder Judiciário; fato que se modificou com a Emenda Constitucional nº 1/1969, que o transportou para o Poder Executivo. Este órgão serviu de supedâneo institucional do regime militar, pois que o Procurador-Geral da República impingia sua arbitrariedade para determinar a constitucionalidade de leis e atos normativos quando comparados à Constituição da época. O que se via era um órgão contaminado pela elite militar que preservava a legalidade em detrimento da sociedade, já que as leis eram totalitárias e editadas pelos subordinados do governo.

Por fim, antes da Carta de 1988, houve a Lei Complementar 40/1981, que conferiu contornos expressivos do que seria determinado sete anos depois. Destaca-se um avanço fundamental: o órgão foi considerado como Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado; fixou-se os princípios da unidade, indivisibilidade e da autonomia funcional e foi-lhe outorgada autonomia administrativa e financeira.

Fica, portanto, visível a quantidade de modificações que o Ministério Público sofreu ao longo de todas as Constituições brasileiras, relacionadas principalmente à sua vinculação ou não aos Poderes do Estado. A CF/88 o inseriu no Capítulo IV, referente às “Funções Essenciais à Justiça”, o qual integra o Título IV, denominado “Da Organização dos Poderes”. Não obstante as grandes discussões travadas nas Constituições anteriores, a própria Carta Magna vigente abre brechas a inúmeros debates quanto ao assunto.

A moderna doutrina constitucionalista vem estigmatizando a classificação dada ao Judiciário, Legislativo e Executivo de constituírem três poderes do Estado, afinal o poder estatal é uno, dividido em funções. Neste caso, o correto é considerá-los como três funções do Estado, contudo, o cerne deste trabalho não diz respeito a esta contenda. Em decorrência disso, a denominação utilizada será a clássica, qual seja, “Poderes do Estado”.

Na classificação constitucional, o Ministério Público não se submete a nenhum dos poderes estatais, constituindo instituição independente e autônoma. Fugindo à determinação constitucional, em maio de 2003, o Supremo Tribunal Federal, apesar de reconhecer a autonomia do *Parquet*, o incluiu sob a égide do Poder Executivo.

Em acórdão lavrado pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence, o STF, no bojo de uma ação declaratória de inconstitucionalidade nº 132/RO, justificou sua decisão com uma frase que acabou criando mais polêmica sobre a Instituição do Ministério Público: “[...] não obstante sua integração na estrutura do Poder Executivo”.

Muito se especulou à época, na tentativa de entender quais motivos levariam a Corte Suprema a chegar a essa conclusão. Apesar de não ter havido consenso, Garcia (2005, p.45) deduziu que:

[...] como o Tribunal, a exemplo da doutrina clássica, não conseguiu se desatar das amarras da teoria dos poderes cunhada por Montesquieu, acrescentando-se que a própria Constituição de 1988, em seu art. 2º, prestigiou a sua literalidade, a conclusão foi cunhada a partir de um critério de exclusão. Não sendo o Ministério Público propriamente um órgão legislativo e, muito menos, jurisdicional, o mais cômodo é incluí-lo sob a epígrafe do Poder Executivo[...]

No particular, não se vê óbice no caso de a Constituição contemplar a existência dos três poderes e criar órgãos independentes, destituídos de qualquer similaridade com o Judiciário, Executivo e Legislativo. Esse parece ser o entendimento mais acertado diante de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, contudo, frente a uma interpretação teleológica, pode-se identificar o Ministério Público como o quarto poder estatal. Nesse sentido as palavras do Ministro Valadão (*apud* Garcia 2005, p. 45):

O Ministério Público se apresenta como a figura de um verdadeiro poder do Estado. Se Montesquieu tivesse escrito hoje o *Espírito das Leis*, por certo não seria tríplice, mas quádrupla, a Divisão dos Poderes. Ao órgão que *legisla*, ao que *executa*, ao que *julga*, um outro órgão acrescentaria ele – o que *defende* a sociedade e a lei, perante a justiça, parta a ofensa de onde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes dos Estado.

Importante anotar que, na prática, não há tanta relevância em saber se a Instituição é um quarto poder ou não, afinal, segundo o que dispõe Garcia (2005, p. 45)

[...] o árduo caminho percorrido pela Instituição até a obtenção das prerrogativas que ostenta e do reconhecimento social que as mantém são suficientes para demonstrar que discussões como essa servem unicamente para alimentar frívolas vaidades.

Inclusive, esta foi a ideia defendida pelo próprio Ministro Sepúlveda Pertence, malgrado considerar a Instituição como pertencente ao Poder Executivo. Conforme demonstra os estudos de Mazzilli (2002, p. 04), vê-se que:

[...] mesmo não o erigindo formalmente a um quarto Poder, a Constituição de 1988 conferiu ao Ministério Público um elevado status constitucional, outorgando-lhe todas as garantias de Poder (autonomias, independência funcional, iniciativa de lei, prerrogativas idênticas às da Magistratura, v.g.). E bem o fez, pois que, no exercício de suas funções, o Ministério Público monopoliza, de fato e de direito, uma parcela direta da própria soberania estatal.

É salutar entender a importância do órgão para a sociedade e para o Estado, afinal, com a promulgação da CF/88, o *Parquet* redobrou sua relevância social, principalmente no que diz respeito aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, além da titularidade da ação penal, que é o epicentro deste trabalho. Considerado o protagonista do Estado Democrático de Direito, o Ministério Público exerce um controle social dos poderes públicos a fim de atender as necessidades básicas da sociedade, além de participar ativamente na vigilância pela correta aplicação da lei, fortalecendo, sobremaneira, a cidadania. Assim, estando o Ministério Público investido na função de zelar pela dignidade humana, princípio baluarte do regime democrático, só deve ser remodelado com o fim de salvaguardar os direitos fundamentais da pessoa humana.

3.2.1 O papel do ministério público no processo penal

O constituinte originário delimitou ao Ministério Público uma vasta área de atuação na repressão e no combate à criminalidade, e ainda na fixação de política criminal e de segurança pública, com vistas a promover a preservação dos direitos humanos. Assim lhe define o artigo 127 da CF/88: "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

É nítido o alargamento das funções ministeriais na esfera processual penal, o que abrange outras atividades antes exercidas por instituições diversas, principalmente pelo Judiciário e pela Polícia. O rol constitucional que define tais funções é meramente exemplificativo, o que permite a incumbência de outras atribuições ao órgão, se compatíveis com a sua finalidade estabelecida constitucionalmente. Todavia, o que se tem averiguado são os constantes retrocessos no seu campo de atuação, desarrazoados, diga-se de passagem, porquanto detém parcela da soberania estatal responsável primordialmente pelo manejo da ação penal, sua atividade pública mais relevante e privativa, perdendo o seu monopólio apenas em caso de inércia da Instituição, quando resta ao particular, subsidiariamente, o seu exercício.

O dinamismo do Ministério Público frente à sociedade implicou na sua legitimidade política e processual para a proposição da ação penal que, habilitado constitucionalmente para tal função, tornou-se o ente estatal lídimo para exercer tal mister. A legitimidade política advém de uma expressão de vontade dos cidadãos representados pelos constituintes em conferir-lhe privatividade na ação penal, já a processual é oriunda da sua capacidade de agir em nome do Estado no exercício das pretensões punitiva e executória e de estar em juízo para defendê-las.

É imprescindível, no entanto, que se tenha uma visão abrangente da ação penal como uma atividade processual que abarca uma série de atribuições delegadas ao órgão ministerial para que haja o efetivo cumprimento dos fins almejados pelo processo penal, tais como: eficácia na prevenção, participação na fase de investigação, intervenção na instrução judicial, no provimento jurisdicional e

na execução da pena, dentre outras atribuições não menos relevantes para o real cumprimento de suas funções junto à máquina judiciária.

Portanto, as prerrogativas constitucionais conferidas ao Ministério Público são de cunho exclusivo e destinatário implacável. Outro ente estatal não tem o condão de assumir papel de relevância extrema frente a uma sociedade que necessita de um órgão comprometido e imparcial na realização da justiça social. Os princípios institucionais que regem o órgão exaltam ainda mais a sua posição indeclinável de combatente do crime, seja na forma preventiva ou repressiva e o impulsiona a coordenar legitimamente as atividades que velem pela Justiça criminal. Desse modo, em nome da eficácia na colheita de elementos informativos para a propositura da ação penal, deve o *Parquet* coibir qualquer ameaça de abuso estatal nesse sentido através da sua estrutura material e pessoal; deve então zelar pelos direitos humanos mais pertinentes à ação penal, quais sejam: o direito à liberdade e às garantias judiciais.

Ademais, cabe ao Ministério Público exigir que lhe seja dado todo o aparato possível no que tange às informações de crimes ocorridos, seja pelas normas de controle externo da atividade policial ou pelo poder de requisição inerente às suas funções habituais, é o que disciplina o artigo 129 da CF/88.

A sua função no processo penal é motivo de grande aprovação popular, comprovada pelos dados de uma pesquisa realizada pelo IBOPE em fevereiro de 2004. Segundo 86% dos entrevistados, a instituição é “importante” ou “muito importante” para a sociedade brasileira. Questionados sobre quais seriam as áreas prioritárias de atuação do órgão, 39% responderam ser no combate aos crimes em geral e 35% no combate à corrupção. De acordo com a referida pesquisa, o Ministério Público ficou considerado como a quarta instituição de maior credibilidade no Brasil, ficando atrás apenas da Igreja Católica, das Forças Armadas e da Imprensa. Vale ressaltar que, na opinião dos entrevistados, a instituição possui mais credibilidade do que a Advocacia, a Polícia e os três poderes estatais. (BELLO, 2007, p. 303)

Neste diapasão, verifica-se o grande respeito que o órgão ministerial ganhou no país, principalmente no que concerne ao seu desempenho na seara criminal, como titular privativo da ação penal. Conforme inferimos dos preceitos constitucionais relativos ao Ministério Público, portanto, a confiança da sociedade é algo imprescindível e serve como termômetro à sua atuação.

É certo que a sociedade brasileira está permeada por inúmeras desconfianças, principalmente pela iníqua atuação dos membros do legislativo e executivo. Como em qualquer grande instituição, não há como negar uma parcela de maus profissionais componentes do Ministério Público, mas é imperioso ressaltar a relevância de sua participação, principalmente no processo penal.

Verificada a indispensabilidade do Ministério Público no âmbito do processo penal, faz-se mister discorrer sobre qual posição o órgão deve assumir como titular da ação penal.

3.2.2 Legitimidade para exercer o “*jus perseguendi*”

Antes de tecer comentários acerca da legitimidade incontestável do Ministério Público no manejo da ação penal, faz-se premente distinguir o que se denomina por “parte” no processo penal e quais os seus desdobramentos conceituais. No sentido técnico e pragmático o órgão ministerial atua como parte, podendo intervir no andamento do processo, adquirindo ônus e deveres processuais na sua função acusatória. Entretanto, essa definição se sustenta apenas em razão de estar o *Parquet* ocupando um dos pólos do litígio, pois no sentido moral o que prevalece é a total imparcialidade que o reveste desde a sua gênese, permeando as funções de fiscal da lei, defensor dos direitos individuais e sociais indisponíveis e, por conseguinte, detentor de parcela da soberania estatal.

Se fosse considerado parte, no sentido superficial da palavra, o Ministério Público teria como contraponto o réu, que se tornaria oposição no processo. Enquanto sujeito parcial do processo, teria um interesse contrário ao do seu opositor e acabaria empreendendo forças para que seu objetivo fosse alcançado ao final da relação processual, independente da justiça ou da legalidade do resultado da lide.

Sob o prisma acima analisado fica evidente que a atuação do Ministério Público como sujeito parcial no processo penal é totalmente improfícua, podendo chegar a incorrer em desobediência às funções constitucionalmente estabelecidas. Ele não pode ser confundido com a vítima e muito menos pode ser movido pelos interesses dela, como bem defende Ribeiro (2003, p. 111):

Não é função do Ministério Público, com efeito, sustentar a todo custo a acusação contra o arguido [...] não recai sobre aquele, digamos assim, um dever de acusação, mas antes um dever de objetividade: ele não é parte, pelo menos no sentido de que não possui um interesse necessariamente contraposto ao arguido.

No Brasil, o órgão ministerial ainda é encarado como parte no processo penal, contrariamente ao que ocorre em alguns países da Europa, a exemplo de Portugal. No ordenamento pátrio, ele assume o papel de acusador oficial do Estado, mas, malgrado seja visto como parte, inclusive no que diz respeito aos ônus processuais, o *Parquet* goza de prerrogativas que o inclui na definição de parte “*sui generis*”.

O que se pretende fazer entender é que, ante um sistema acusatório democrático, a atuação do acusador oficial deve ser pautada pela serenidade, manifestando-se a favor da correta aplicação da lei; a acusação deve ser feita, sobretudo, de forma extremamente objetiva, atendendo-se aos parâmetros legais.

O Ministério Público, até mesmo antes de acusador oficial do Estado, está incumbido de salvaguardar a lei e a sociedade, devendo atuar de forma idêntica no processo penal, primando pelo interesse público, mas protegendo também os direitos individuais do acusado. São as lições de Lyra (*apud* Ribeiro, 2003, p. 128-129):

É possível haver aparente colisão entre os três interesses que o Ministério Público protege: o da sociedade, o do Estado e o do indivíduo. O interesse da sociedade é sustentar a lei sob o prisma da defesa social. O interesse do Estado é o da defesa da administração, e do desenvolvimento de seus meios de ação e, em Direito Penal, se exprime pela política criminal. O do indivíduo tende a assegurar o pleno desenvolvimento de suas faculdades. O Ministério Público tem que exprimir perante o Poder Judiciário a voz da sociedade e a do Estado, sob um aspecto uniforme, assegurando também os direitos individuais, sobre o que lhes compete atuar.

Como se sabe, o princípio da legalidade, ou obrigatoriedade, reza que o Ministério Público, diante de elementos contundentes para levar a efeito a acusação, deve deflagrar a ação penal, não podendo utilizar de critérios subjetivos para eximir-se da sua responsabilidade, que é indelével. Como continuação deste preceito, o princípio da indisponibilidade impede que o órgão desista do processo depois de

instaurado. Contudo, tais princípios não visam impulsionar uma acusação automática e desmedida, transformando os membros em meros acusadores. Justamente pela impossibilidade de desistir do processo penal já instaurado, é que o Ministério Público deve atuar na defesa dos interesses do acusado sempre que cerceados ilegalmente, inclusive podendo impetrar Habeas Corpus em favor deste, ou pedir sua absolvição.

O fato de a sentença absolver o acusado não significa uma derrota para o acusador oficial; o que ele deve buscar é a garantia de uma acusação justa, em conformidade com os preceitos constitucionais e não simplesmente a condenação do réu a qualquer custo.

O confronto processual que vem se delineando entre acusação e réu é fruto dos resquícios da acusação privada e deve ser expurgado do processo penal pátrio para se garantir uma atuação impecável do *Parquet*. A sua atuação é fundamentalmente importante para se alcançar um objetivo almejado pela maioria dos países da América Latina, qual seja, o de instituir um sistema acusatório puro, mediante uma acusação pública e imparcial. Assim é o entendimento de Ribeiro (2003, p. 133):

No confronto processual, portanto, Ministério Público não se opõe ao acusado; não há a relação de adversidade que se acostumou a enxergar entre acusação e defesa, uma vez que no processo penal sua atitude não é a de interessado na acusação; antes obedece a critérios de estrita legalidade e objetividade.

A função do Ministério Público como fiscal da lei deve ser exercida também no combate aos resquícios inquisitoriais constantes das legislações criminais pátrias, que não se coadunam com os mandamentos constitucionais. Neste contexto, é oportuno ressaltar a possibilidade do órgão da acusação promover o controle de legalidade no processo, inclusive da atuação jurisdicional.

Somente o fato de a Constituição Federal atribuir a titularidade privativa da ação penal ao Ministério Público já extingiria uma das maiores expressões da presença do sistema inquisitivo: o chamado recurso *ex officio*, que é utilizado, por exemplo, nas decisões concessivas de Habeas Corpus (artigo 574, I, do CPP).

A concessão de tal recurso coloca nas mãos do juiz um atributo típico de acusação, o que já contamina o processo. Sendo a ação penal privativa do

Ministério Público, todos os meios referentes à função acusatória devem ser utilizados unicamente por este órgão, assim também os recursos.

A nomeação constitucional do Ministério Público como titular exclusivo da ação penal reflete ainda outro importante caráter democrático: a segurança jurídica da sociedade. Desse modo, as pessoas não estarão sujeitas a acusações temerárias e infundadas, encontrando respaldo na função acusatória de um órgão estatal imparcial. Deste pensamento surge a ideia do promotor natural, como corolário do juiz natural.

Como restou demonstrado nas explanações supra, atualmente o Ministério Público não pode mais ser visto como adversário do réu, “participante de um duelo passional entre dois argutos e hábeis contendores, numa visão privatística do processo penal”, como leciona Jardim (2003, p. 313). A atuação ministerial deve ser vista inclusive como um direito do réu, como uma garantia de enfrentar um julgamento justo, conforme os direitos assegurados pela Carta Magna.

Para garantir que o réu seja acusado por um órgão essencialmente imparcial, parte da doutrina pátria defende a existência do princípio do promotor natural, nos mesmos moldes do juiz natural.

Nesse ínterim, o réu tem o direito público subjetivo de conhecer quem o acusa, e de apenas ser acusado por um órgão estatal escolhido de acordo com critérios legais previamente fixados. Desta forma há impossibilidade de nomeações arbitrárias de membros do *Parquet* para atuar em determinados litígios.

Doutrina e jurisprudência discutem sobre a compatibilidade de tal princípio com a Constituição Federal, não havendo consenso sobre o tema. Quando o artigo 5º, inciso LIII da CF/88 preceitua que “ninguém será **processado** nem sentenciado senão por autoridade competente” (grifo nosso), ela também abarca o princípio do promotor natural, inclusive pela garantia de inamovibilidade concedida aos membros ministeriais.

Visando a subsunção à determinação constitucional e, até mesmo para viabilizar uma melhor atuação de seus componentes, o Ministério Público procura fixar as atribuições de cada membro previamente, através de critérios objetivos. Nesse sentido, no próprio Ministério Público da Paraíba é possível notar uma divisão de atribuições, proporcionando, inclusive, que os membros criminais se especializem em determinadas áreas de atuação.

Através de uma divisão material de atribuições, o *Parquet* garante a segurança jurídica que o citado princípio do promotor natural assegura e ainda permite que os promotores de justiça se especializem na sua seara de atuação. Indubitavelmente, a experiência na atuação de seguimento específico da esfera criminal proporciona ao profissional uma maior gama de conhecimentos sobre a forma que os criminosos agem e sobre os temas debatidos na área, possibilitando assim uma maior efetividade na função social que é entregue ao Ministério Público. Não há que se discutir, por exemplo, se um promotor que atua exclusivamente numa vara de tóxicos tem maior experiência prática e conhecimento teórico na área do que aquele que supostamente atua em inúmeras áreas.

É, portanto, cabível tão-somente ao Ministério Público que cabe adotar medidas de provocação do Poder Judiciário a fim de se chegar ao escopo último do processo que é a efetiva aplicação da lei ao caso concreto. Deve-se utilizar de condutas que deem garantias efetivas do pleno exercício do direito penal material. Por isso é que o atual Código Penal brasileiro (CP), tão arcaico está, que se encontra em crescente desarmonia com o sistema acusatório proveniente da ordem constitucional. O que se deve propugnar prioritariamente é pela edição de normas hierarquicamente inferiores que se adequem à Lei Maior e não o contrário. Nas palavras de Canotilho (1992, p. 238-239), pode haver uma

leitura da Constituição de baixo para cima [...] e a derrocada interna da constituição por obra do legislador e de outros órgãos concretizadores, e à formação de uma constituição legal paralela, pretensamente mais próxima dos momentos 'metajurídicos' (sociológicos e políticos).

Paralelamente, ainda não há uma completa conscientização acerca do papel do órgão ministerial de fiscal da lei dentro do processo penal. Antes mesmo de se intitulem como acusadores oficiais do Estado, os membros do *Parquet* devem constituir sagazes defensores de um processo penal justo, em conformidade com o sistema acusatório, com o Estado Democrático de Direito e suas garantias fundamentais.

Para tanto, deve-se primeiro tornar inoperante qualquer atitude da vítima no sentido de abarcar atribuições de um órgão estatal revestido da mais alta competência, estabelecida constitucionalmente, para o manejo da ação penal. É

através da sua exclusividade na movimentação da máquina estatal para levar a efeito o *jus persecuendi*, que se passa a vislumbrar um processo penal consonante com o nosso regime democrático, sem brechas às mitigações ora existentes. Reputa-se indispensável, portanto, analisar a temerária atuação do ofendido como legitimado extraordinário em tal mister, o que corrobora para a constante elucidação de um sistema obsoleto ainda palpável, fato que será explicitado no capítulo seguinte.

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA AÇÃO PENAL PRIVADA

Tinha-se, nas sociedades primitivas, a vingança como meio mais eficaz de repelir os fatos criminosos, sendo esta represália considerada habitual. Como é cediço, hodiernamente não se pode fazer justiça com as próprias mãos, sendo tal conduta ilícita e tipificada no CP em seu artigo 315. A partir desta vedação surge a figura do Estado, hierarquicamente superior, que soluciona os litígios através da jurisdição e imputa uma sanção aos infratores. Para provocar a atuação do Estado há a ação penal: direito subjetivo público, autônomo e abstrato. Seu fundamento repousa na CF/88, no artigo 5º, XXXV.

A despicienda existência da ação penal privada se revela no próprio texto Constitucional, afinal, o art. 129, inciso I, de nossa Carta Política, confere ao Ministério Público a titularidade privativa na promoção da ação penal. Dessa forma, o constituinte originário depositou uma confiança inexorável no órgão ministerial, que passou a ser o grande responsável por exercer o mister acusatório no sistema processual penal pátrio.

Visando coibir a impunidade diante de uma possível desídia do *Parquet*, o constituinte inseriu dentre os direitos fundamentais a chamada ação penal privada subsidiária da pública. Em nenhum outro preceito constitucional aparece o particular na titularidade da ação penal, sendo assim, o legislador constituinte não deixou margem à discricionariedade na atuação do legislador infraconstitucional. Neste contexto, torna-se visível que a legislação infraconstitucional ordena uma regra de exceção à Constituição, sem o consentimento desta, fato que induz à não recepção da ação penal exclusivamente privada pela Carta Magna, já que tal instituto foi normatizado décadas atrás, quando da positivação do arcaico, porém ainda vigente, Código Penal brasileiro, época em que se empreendeu uma visão cultural completamente fadada ao fracasso.

A atuação do particular no processo penal caracteriza um desrespeito manifesto aos preceitos constitucionais, que preconizam um sistema acusatório público com a participação efetiva do Ministério Público. Incumbir o ofendido da deflagração da ação penal e da conseqüente condução do processo, além de ser um equívoco do ponto de vista jurídico e prático, consiste em tolerar que o processo

penal retorne à vingança privada de outrora. Assim ilustra Alimena B. (*apud* Mariconde, 1967, p.292-293):

La acusación privada, más que la exteriorización de una tutela pública, es sólo la exteriorización de un interés individual. No parece absurda jurídica, política e históricamente [...] És absurda históricamente, porque es el retorno atávico a aquellos tiempos em que la justicia penal se encarnaba em la venganza del ofendido.

Com o progresso das sociedades primitivas, tornou-se inexecutável persistir num sistema punitivo particular, gerido pela vingança das vítimas ou familiares contra seus agressores. Neste caso, foi designado um ente central responsável pela pacificação da comunidade, surgindo assim o *jus puniendi* estatal. Como titular do direito repressivo, o Estado concentra o processo como instrumento à aplicação da sanção, escapando da esfera de disponibilidade da vítima o início de um instrumento estatal.

A titularidade do particular na ação penal compromete a imparcialidade que se deve conservar no processo penal. A acusação privada destoa do que alvitra a instrumentalidade garantista inerente ao processo penal, apenas disponibiliza à vítima um meio de utilizar o processo como um fim em si mesmo, ou seja, de transformar o processo em pena para o seu agressor.

Seria completamente inviável manter sob controle um sistema de acusação privada, isto porque o número de ações temerárias transformaria o processo penal em um verdadeiro pandemônio. Os crimes que atualmente se procedem mediante queixa, em muito refletem esse caráter impetuoso de um processo penal privatista, principalmente os crimes contra a honra. Vejam-se as lições do doutrinador Mariconde (1967, p. 287):

Aquí el Estado debe tutelar, al lado del interés social de la represión, outro interés público: Debe impedir que la tranquilidad de los honestos sea turbada por temerarias acusaciones, y que las armas de la justicia, dirigidas em daño de los que deben defender, sirvan para proteger bajas pasiones o especulaciones inverecundas.

Consentir que o particular se ampare na prerrogativa da acusação penal pode acarretar uma grave insegurança social, inclusive acentuando as visíveis diferenças de classes. Neste contexto, Jardim (2003, p. 296) entende que os

indivíduos mais opulentos ainda poderiam se utilizar da jurisdição penal como “[...] mais uma de suas formas de opressão contra os desvalidos”. Tal fato também não passou despercebido por Beling (*apud* Jardim 2003, p. 296):

En contra de ella milita el hecho de que una persona particular no asume el molesto papel de acusador, sino por motivos personalis, existiendo, por el tanto, lo mismo peligro de que no se acuse, aunque el interés del Estado lo requiera, que el peligro contrario de que el ódio, la venganza y otros motivos bastardos originen procesos sin fundamento.

O sistema em que se acomete a titularidade da ação penal ao particular precisa ter uma sociedade de nível intelectual assaz elevado. O sistema se subsume às condições da sociedade em que deve aplicar-se e, para acusar em nome da coletividade, o particular deve compreender perfeitamente a real função da acusação no processo penal; deve perceber que não está se imiscuindo no processo para defender seus interesses, e sim para operar em nome da defesa social. Para não resultar em vingança privada, os particulares devem ter disciplina e moral; de outro lado, a sociedade precisa estar incursa em uma cultura especialmente orientada para uma acusação em nome da defesa social.

O razoável êxito do modelo de acusação popular da Inglaterra se dá exatamente pela cultura desenvolvida no país. A maioria dos cidadãos ingleses aprecia a acusação como uma função pública, motivo pelo qual a exercem de modo a cumprir sua real função: propiciar o poder repressivo do Estado. Por isso é que, segundo o que elucida Mariconde (1967, p. 274), “El éxito de sus instituciones procesales [...] depende em gran parte de su alto grado de cultura cívica, de su moralidad y disciplina”.

Contudo, o modelo inglês é uma exceção, e ainda assim tem seus desacertos, pois até mesmo nos locais em que a consciência cívica é elevada não há isenção da vingança privada por meio da acusação penal. A sociedade inteiramente ética e intelectual, onde seus cidadãos compreendem o sentido de coletividade e se tornam imparciais no instante de acusar, é utópica. Trata-se de emoções; de sentimentos incrustados no indivíduo no momento em que se vê como vítima de um crime. Nesse sentido, esclarece Mariconde (1967, p. 285-286):

Si la humanidad pudiese tocar el límite ideal del progreso civil; se La perfección intelectual y moral fuese dote y carácter ordinario de sus componentes, sería fácil consentir que el fenómeno anormal del delito a cada individuo normal, es decir, a cada hombre moral e intelectualmente perfecto, la potestad de constituirse en órgano de la defensa social [...] Pero em uma sociedade semelhante ni siquiera existiria la organización permanente de la jurisdicción, ni las otras funciones por las que el Estado ejercita su poder de coacción sobre los ciudadanos; semejante sociedad encarnaria la edad de oro⁴⁵.

A criminologia moderna, mormente no que concerne à vitimologia, comprova que afastar da vítima os sentimentos provocados pelo crime é tarefa quase insolúvel, motivo pelo qual a participação desta na justiça penal acaba se convertendo em verdadeira vingança. Assim reza Molina (2008, p. 74):

A experiência havia demonstrado que não se pode pôr nas mãos da vítima ou de seus parentes a resposta ao agressor. Que a natural paixão que o delito desencadeia em quem o sofre tende a instrumentalizar aquela, convertendo a justiça em vingança ou represália; que a resposta ao crime deve ser uma resposta distante, imparcial, pública, desapaixonada.

A crise que enfrenta o processo penal contemporâneo, com a busca deliberada por um sistema acusatório puro e conseqüente expurgação dos resquícios inquisitoriais, revela a ânsia pela democracia. Ocorre que a busca por um processo penal democrático acaba estimulando um combate desenfreado com o Estado e as suas instituições, quando o cerne do problema não é este.

Democratizar o processo penal não denota um aumento na participação popular, tampouco confere às vítimas a titularidade da ação penal. Jardim (2003, p. 296) ratifica esse entendimento: “[...] não vemos como se possa dizer democrático o instituto que sujeita toda pessoa a ser processada criminalmente por qualquer cidadão [...]”.

Modernamente, o que mais exprime a democratização do processo penal é precisamente a busca pela segurança jurídica da população em saber que tem o direito de ser acusada por um órgão estatal imparcial. Traduz-se ainda em democratização a vontade incessante de extinguir do sistema ideias inquisitivas, procurando sempre estruturar o processo penal de acordo com os ditames constitucionais. Jardim (2003, p. 296-297) descreve o que lhe parece a democratização:

Para nós, democrático seria tornar substancialmente eficaz a assistência judiciária gratuita aos réus no processo penal, retirar do sistema processual os resquícios do inquisitorialismo, afastando o juiz de qualquer atividade persecutória, em prol de sua indispensável neutralidade e imparcialidade.

Democrático seria também estender o contraditório para a prova pericial realizada na fase do inquérito policial [...] É preciso combater-se, em todas as frentes, a visão liberal-individualista de que o cidadão deve opor-se ao Estado, como se este não existisse justamente para realização do bem comum. Certo que, historicamente, temos presenciado alguns desvios neste desiderato, entretanto, em assim ocorrendo, cabe democratizar o Estado e não combatê-lo como se fosse um inimigo comum.

O Estado não é senão um aliado do indivíduo hipossuficiente na consumação de atividades voltadas à concretização dos direitos sociais e individuais fundamentais. Está adstrito ao Princípio da Legalidade e, calcado nele, deve tencionar suas atribuições para o efetivo estabelecimento da paz social. Para isso, cuidou de delegar funções estruturais aos órgãos capacitados para manter um funcionamento plausível da máquina estatal. Assim, particular jamais terá tamanha aptidão, organização e técnica para atuar nessa empreitada.

4.1 FUNDAMENTO E NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO

Há normas que tutelam bens jurídicos e interesses notadamente públicos e sociais, sendo que sua observância é cogente à convivência social. A violação dessas normas caracteriza a infração penal e a pena é a sanção constante do tipo penal; a mais grave de todas. Contudo, no Direito Penal não há uma coerção direta; para que seja aplicada a pena, não é preciso apenas a ocorrência de um injusto típico, mas igualmente o acionamento da jurisdição, que se materializa através da ação penal.

A natureza jurídica da ação penal foi motivo de numerosos estudos e de diversas controvérsias. Primeiramente, através da teoria chamada de Imanentista, o direito de ação não era independente do direito material. Segundo Savigny, o grande patrono desta ideia, ação e processo seriam apenas capítulos do direito subjetivo

material. Conforme Cintra, Grinover e Dinamarco (2004, p. 250): “[...] a ação seria uma qualidade de todo o direito ou o próprio direito reagindo a uma violação”.

Essa concepção foi rigorosamente censurada, sobretudo em nome da ação declaratória, na qual não permeia nenhum direito subjetivo material. Posteriormente, com grande subsídio das ideias de Windscheid e Muther, o direito de ação foi reconhecido como direito autônomo, ou seja, apartado do direito subjetivo material. Atingindo este consenso, o debate passou a decorrer em torno de duas vertentes: a ação seria um direito concreto ou abstrato?

A defesa da ação como um direito autônomo e concreto foi preconizada por Wach, na Alemanha. Conforme esposava, a ação era dirigida ao Estado e ao adversário, mas a tutela jurisdicional só estaria satisfeita se a proteção realmente fosse consolidada, ou seja, o direito de ação só existiria quando a sentença final fosse favorável. Posteriormente Chiovenda se filiou à teoria concreta, embora tenha manifestado algumas peculiaridades.

Foi Dagenkolb quem instituiu a teoria da ação como direito autônomo e abstrato. Neste caso o direito de ação é isolado do direito material e da sentença que venha a ser prolatada. Não importa o conteúdo da decisão, a ação existiu, ainda que a sentença seja injusta ou a ação seja temerária. Carnelutti se filiou a esta concepção, mas com a particularidade de considerar que a ação é intentada contra o juiz e não contra o Estado.

Vale ainda mencionar a colaboração de Liebman (*apud* Cintra, Grinover e Dinamarco, 2004, p. 253), segundo o qual o direito de ação é: “direito subjetivo instrumental – e, mais do que um direito, um poder ao qual não corresponde a obrigação do Estado, igualmente interessado na distribuição da justiça [...]”. Para Liebman, a materialização da ação se condiciona a um pronunciamento jurisdicional do mérito, o que significa que nos casos em que há extinção do processo sem apreciação do mérito, não há ação.

Segue os parâmetros seguidos por Cintra, Grinover e Dinamarco (2004, p. 255) acerca do conceito e natureza jurídica da ação:

Trata-se de direito ao provimento jurisdicional, qualquer que seja a natureza deste – favorável ou desfavorável, justo ou injusto – e, portanto, direito de natureza abstrata. É, ainda, um direito autônomo (que independe da existência do direito subjetivo material) e

instrumental, porque sua finalidade é dar solução a uma pretensão de direito material.

Superados os embates doutrinários explanados, pode-se dizer que a natureza jurídica da ação é ainda ponto controverso na doutrina.

4.2 A INSTRUMENTALIDADE GARANTISTA DO PROCESSO PENAL

A jurisdição é inerte, logo, só há processo mediante provocação, que se firma com o impulso da ação penal. Através do devido processo legal, se concretiza o Direito Penal, pois, como supracitado, não há pena sem processo. Destarte, resta claro o caráter instrumental do processo penal, artifício indispensável à aplicação da pena, conforme reza o brocardo latino *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*. Conforme assinala Lopes Junior⁵:

A titularidade do direito de punir por parte do Estado surge no momento em que é suprimida a vingança privada e são implantados critérios de justiça. O Estado, como ente jurídico e político, avoca para si o direito (e também o dever) de proteger a comunidade e inclusive o próprio delinqüente, como meio de cumprir sua função de procurar o bem comum, que se veria afetado pela transgressão da ordem jurídico-penal, com causa de uma conduta delitativa.

Uma segmento da doutrina determina que a instrumentalidade do processo pode receber dois enfoques: o positivo e o negativo. O primeiro está relacionado à ideia de que se deve utilizar o processo do melhor modo possível para maximizar os resultados propostos, ou seja, busca-se inculir uma ampla efetividade no processo. A instrumentalidade negativa diz respeito à negação da ideia de que o processo é um fim em si mesmo, esta concepção se solidifica no princípio da instrumentalidade das formas, repudiando-se, então, o rigor formal e as nulidades excessivas.

A moderna corrente garantista, infundida em ideários democráticos, vem localizando no processo uma função primordial: a proteção dos direitos e garantias individuais frente à soberania estatal. A mera instrumentalidade como elemento à

⁵ Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1060&p=2>>. Acesso em: 20 jul. 2011, p. 2.

aquisição do direito material já resta ultrapassada, devendo a concepção contemporânea identificar um caráter extremamente garantista no processo. Tal caráter passa a constituir um meio de coibir os abusos passíveis de ocorrer durante o processo. Moreira⁶ demonstra de forma cabal a inserção do garantismo no processo penal:

O Processo Penal funciona em um Estado Democrático de Direito como meio necessário e inafastável de garantia dos direitos do acusado. Não é um mero instrumento de efetivação do Direito Penal, mas, verdadeiramente, um instrumento de satisfação de direitos humanos fundamentais e, sobretudo, uma garantia contra o arbítrio do Estado.

O sistema acusatório visivelmente propicia a instrumentalidade garantista do processo, especialmente por preconizar o devido processo penal, a garantia da ampla defesa e do contraditório, além da larga publicidade conferida aos procedimentos. A distinção das três funções precípua do processo penal constitui indeclinável garantia de imparcialidade, além de não admitir, em tese, a atuação de ofício pelo juiz.

São diversos os preceitos acusatórios que propiciam a efetivação do garantismo, no entanto, por questão de desvio temático, tais aspectos não serão aqui pormenorizados. O que se pretende neste momento é indicar que vários aspectos podem representar a concretização ou não das garantias que o processo pode efetivar. Um dos aspectos cardeais é a titularidade da ação penal, pois, ao liberar a ação penal exclusivamente privada, o Estado fica na iminência de colocar em risco a eficácia social da função garantista do processo por razões que serão tratadas nos tópicos seguintes.

⁶ Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5224>>. Acesso em: 15 jul. 2011, p.01

4.3 A TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL

A doutrina pátria costuma bifurcar a ação penal em pública e privada, a depender do legitimado para a sua proposição. Avaliando esta classificação, pode-se dizer que do ponto de vista didático ela alcança sua finalidade, contudo, necessita de rigor científico, afinal a ação penal é sempre pública, visto que na ação privada o Estado não transfere ao particular o *jus puniendi*, apenas lhe permite deduzir a pretensão punitiva; trata-se de verdadeira substituição processual. Mais apropriado seria denominá-la ação penal de iniciativa privada.

4.3.1 A Ação Penal Pública

No direito brasileiro, em regra, a ação é pública, conforme se infere do artigo 100 do CP: “A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido”. O dispositivo está em perfeita consonância com o que foi discorrido ao longo deste trabalho, pois que os crimes afetam fundamentalmente o interesse público, sendo o Estado o mais recomendado a exercer a persecução penal para atingir o fim do *jus puniendi*. Nesse ínterim, cabe ao Ministério Público, como órgão estatal avulso, desempenhar o mister da acusação de forma imparcial e legalista. A participação deste órgão no direito criminal brasileiro é de importância proeminente e, exatamente por isso é que o capítulo anterior tratou de forma minuciosa desta importante conquista do direito pátrio.

A ação penal pública, promovida pelo Ministério Público, pode ser incondicionada ou condicionada conforme narra o §1º do já citado artigo 100 do CP: “A ação pública é promovida pelo Ministério Público, estando sujeita, quando a lei exige, à representação do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça”. Na ação incondicionada, que constitui a regra no nosso ordenamento, o órgão ministerial age independentemente de qualquer ingerência de terceiros, tendo alvedrio incondicional para exercer sua função acusatória.

Trata-se de ação pública condicionada quando o órgão acusador necessita de uma autorização do ofendido ou do Ministro da Justiça para acionar o órgão

jurisdicional. Determinados delitos afetam densamente a esfera pessoal do ofendido, podendo desestabilizá-lo emocionalmente e, por isso, o Estado, embora considere o seu interesse na repressão do delito, permite que seja feito o juízo de valor sobre o início da acusação por aquele que sofreu a agressão. Desse modo, basta o ofendido se inclinar no sentido de ver iniciada a ação penal, dentro do prazo decadencial de seis meses, contado a partir do momento em que se conhece a autoria delitiva, para que o Ministério Público ostente a função de acusador plenamente, ficando a cargo do ofendido retratar a representação até o oferecimento da denúncia. Importante ressaltar que não há nenhum rigor formalístico na representação do ofendido, podendo inclusive ser feita oralmente.

A ação penal condicionada à requisição do Ministro da Justiça também configura uma exceção e apenas pode ser levada a efeito em pouquíssimos casos. Trata-se de um critério de política criminal estabelecido para situações peculiares, como nos casos de crimes contra a honra do Presidente da República ou contra Chefe de Estado ou Governo Estrangeiro, cometidos por meio da imprensa, além de crimes cometidos por estrangeiros contra brasileiros fora do Brasil e outros casos bem característicos. Esse condicionamento da ação penal pública serve para evitar uma repercussão adversa que certas situações podem causar.

A fim de complementar essa noção básica sobre a ação penal pública se faz mister relatar os princípios que a envolvem para que haja um melhor entendimento da conjuntura que permeia o sistema processual penal, bem como do seu acerto prático em nosso ordenamento.

O princípio da obrigatoriedade ou da legalidade da ação indica que, havendo elementos que possibilitem o oferecimento da denúncia, o membro do Ministério Público não tem discricionariedade para decidir, ou seja, está compelido a promover a inicial acusatória. Tal mandamento impede que os promotores de justiça se utilizem de critérios políticos ou de utilidade social para pugnar pelo arquivamento e não oferecer a denúncia, restringindo a análise devida aos elementos da peça investigativa e às condições da ação.

O princípio da oficialidade já é quase que autoexplicativo, pois decorre da presença do Ministério Público em um dos pólos da relação jurídica, cumprindo sua função em nome do Estado. Infere-se daí que o referido princípio inibe a atuação de órgão não oficial na promoção da ação. Trata-se de uma razão simples e lógica.

O princípio da indisponibilidade da ação penal pode ser analisado como um apêndice do princípio da obrigatoriedade. Como apontado acima, caso o Ministério Público tenha dados suficientes para propor a ação ele estará obrigado a fazê-lo. Na mesma esteira, depois de apresentada a denúncia é vedado ao órgão ministerial abdicar da ação; é este o preceito contido no artigo 42 do CPP: “O Ministério Público não poderá desistir da ação penal”. Igualmente, trata-se de uma forma de evitar que aspectos extraprocessuais influenciem na atuação do *Parquet*. Entretanto, deve-se observar que o Ministério Público, a despeito de ser órgão acusador oficial, é primeiramente fiscal da lei, devendo sustentar a sua imparcialidade e, inclusive, postular a absolvição do réu ao final do processo, caso seja viável.

Inspirado no princípio da isonomia tem-se o chamado princípio da indivisibilidade, através do qual se infere que havendo mais de um réu, e existindo elementos que possibilitem a ação penal contra todos, o Ministério Público não pode exonerar nenhum deles do oferecimento da denúncia. É também um princípio corolário da obrigatoriedade da ação penal.

Por último, e não menos importante, o princípio da intranscendência restringe a ação penal ao autor da prática delitiva. O seu cabimento é absolutamente lógico dentro de um Estado Democrático de Direito, que não concebe que a pena seja transmitida aos sucessores; inclusive sua determinação tem sede constitucional no artigo 5º, inciso XLV: “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado [...]”.

4.3.2 Aspectos Gerais da Ação Penal Privada

Durante as explanações do primeiro capítulo deste trabalho restou evidenciada a evolução do processo penal, partindo das sociedades primitivas, sem organização processual, permeando os sistemas acusatórios de vinganças privadas, o sistema inquisitivo e findando na sua decadência com o surgimento de sistemas mistos, públicos e, em tese, democráticos. Não obstante o processo de evolução comprovar as mazelas de um sistema processual penal com a presença de interesses privados, o Brasil, em pleno século XXI, ainda tolera tal discrepância. Acerca da evolução da atividade acusatória, se posiciona Mariconde (1967, p. 270):

La evolución histórica de la actividad acusatória merece aquí um recuerdo especial, aunque sea muy breve, porque nos muestra um laborioso tránsito de lo individual a lo social, de lo privado a lo público, determinado por La moderna concepción del derecho penal, substantivo y procesal.

O caráter publicista da ação penal, que predomina em outros sistemas legislativos, no Brasil cede espaço para argumentos incoerentes que tentam justificar a existência da ação penal privada. Tourinho Filho (2010, p. 385) demonstra a tendência de algumas legislações estrangeiras:

Do exposto infere-se que, no nosso *jus positum*, a regra é a de que toda ação penal é pública. Aliás, em certas legislações, como na francesa, italiana e mexicana, a ação penal é sempre pública, isto é, promovida por órgãos do Estado. Pode, às vezes, não ser o Ministério Público quem deva promovê-la, mas, nem por isso, a ação perde seu caráter publicístico, uma vez que é promovida por órgãos do Estado.

Pode-se ainda fazer uma alusão às legislações alemã e argentina como arquétipos de publicização do processo penal. Nos países mencionados perdura a ação penal privada, o que por si só já constitui um erro estrutural, todavia, deve-se observar que o rol de infrações sujeitas a este instituto é muito circunscrito, comumente ocorrendo com os crimes contra a dignidade sexual. Na legislação alemã a ação penal privada, a *Privatklage*, ainda se submete a uma análise do Ministério Público, que, averiguando interesse público latente, pode assumir o posto de acusador principal, ficando o ofendido incumbido de ser assistente da acusação.

A vítima é a protagonista da ação penal privada, de forma exclusiva ou subsidiária, podendo ainda atuar em seu lugar, o representante legal ou seus sucessores. O artigo 5º, inciso LIX da CF/88 descreve como se onera a vítima subsidiariamente: “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”.

A ação penal privada exclusiva da vítima é de caráter infraconstitucional, e no ordenamento pátrio é acolhida quando satisfaz alguns pressupostos: uma lesão mínima à sociedade; o bem jurídico tutelado deve ter feição privatista e, finalmente, deve ser prejudicial o *strepitus iudicii*, o escândalo do processo em decorrência da publicidade que lhe é intrínseca. Em todos os casos supracitados a pretensão

punitiva persiste sendo do Estado e, por isso, são públicas ambas as ações, unicamente a legitimação para intentá-las que é privada.

Nota-se, contudo, que a estabilidade da ação penal privada constitui uma desarmonia em relação ao sistema constitucional vigente. Inicialmente porque a Carta Magna, em seu artigo 129, inciso I, aduz que compete privativamente ao Ministério Público a promoção da ação penal e, quando fixou uma exceção, a mencionou de forma expressa no artigo 5º, inciso LIX. Depois, porque as razões em que se fundamenta a ação penal privada são completamente errôneas, como se verá adiante.

Antes de propiciar um estudo acerca dos pressupostos de existência da ação penal privada, deve ser feito um relato no que tange aos aspectos peculiares que a diferenciam da ação penal pública, inclusive com inclusão dos princípios a ela inerentes.

A ação penal privada é proposta pelo ofendido, através de advogado legalmente constituído, que oferece a inicial acusatória designada queixa. A partir desta acepção, a atribuição confiada ao Ministério Público nas ações penais públicas passa a competir ao ofendido, representado pelo advogado. De fato, o artigo 30 do Código de Processo Penal ainda alarga tal competência, ao determinar: "Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação penal privada". Caso o ofendido faleça ou venha a ser declarado ausente, incumbe às pessoas elencadas no artigo 31 do CPP a promoção da ação penal: o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. Se esta já estiver em curso, qualquer das citadas pessoas poderá dar continuidade.

O direito de oferecer a queixa se subsume a um prazo decadencial de seis meses, contado a partir da ocasião em que se tem conhecimento da autoria do delito; inteligência do artigo 38 do CPP. Obviamente, o prazo decadencial não se interrompe nem se suspende, portanto, suplantado o prazo, o ofendido decai do direito de queixa, mesmo que se venha a exaurir em domingo ou feriado, pois o prazo decadencial também não se dilata.

Tratando-se dos princípios norteadores da ação penal de iniciativa privada, deve-se dizer que dois são idênticos aos da ação penal pública, a saber: o da intranscendência e o da indivisibilidade. Quanto a estes, apenas vale frisar que segundo o artigo 48 do CPP é encargo do Ministério Público velar pela

indivisibilidade da queixa-crime, às demais características se aplica aquilo que foi dito quando da explanação acerca da ação penal pública.

No que tange aos princípios exclusivos da ação penal privada, agora completamente antagônicos aos da ação penal pública, tem-se o da oportunidade ou conveniência e o da disponibilidade. Como ilustrado acima, na ação penal pública, se presente os requisitos mínimos de admissibilidade da acusação o órgão ministerial é obrigado a oferecer a denúncia em respeito ao princípio da obrigatoriedade.

Já em sede de ação penal privada essa situação não vem a calhar, pois, ainda que estejam presentes a materialidade delitiva e os indícios de autoria, concerne ao ofendido ou seu representante a decisão sobre a conveniência do oferecimento da queixa-crime. Trata-se de faculdade da vítima, que encontra respaldo no princípio da oportunidade, o avesso do princípio da obrigatoriedade. Daí se conclui que ao titular da ação penal privada é conferido o direito de renunciá-la, ou mesmo de permanecer inerte no transcurso do prazo decadencial, prejudicando o oferecimento da inicial acusatória.

Quando se discorreu acerca da ação penal pública restou esclarecido que o princípio da indisponibilidade era decorrência lógica do princípio da obrigatoriedade. Fazendo uma analogia com a ação penal privada, fica evidente que o princípio da disponibilidade aparece como corolário do princípio da oportunidade. Nesse sentido, uma vez decidido pela propositura da ação, o ofendido pode dela dispor até que ocorra o trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme se apreende da interpretação do artigo 106, §2º do CP: “Não é admissível o perdão depois que passa em julgado a sentença condenatória.”

Na verdade, o querelante possui dois modos de dispor da lide: uma delas é o perdão. Segundo Rangel (2004), trata-se de uma clemência, de uma bondade concedida pelo ofendido ao réu.

O segundo modo é a perempção, que constitui uma sanção em decorrência da desídia do querelante na condução da sua atribuição acusatória. De acordo com o art. 60 do CPP:

Art. 60. Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal:
I- quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante trinta dias seguidos;

II- quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de sessenta dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no artigo 36;

III- quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais.

IV- quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

Define o artigo 107 do CP que a renúncia, o perdão aceito pelo réu e a perempção são formas de extinção da punibilidade. A aceitação do perdão pelo réu é obrigatória para que se dê a extinção da punibilidade, sendo o silêncio interpretado afirmativamente. Em respeito ao princípio da indivisibilidade, a renúncia do querelante deve abarcar todos os réus, assim como o perdão oferecido a um deles é estendido aos demais, que terão alternativa de aceitá-lo ou não. Tais entendimentos se cristalizam nos artigos 49 e 51 do CPP.

A despeito da ação penal privada propriamente dita, há ainda duas espécies em que o particular é legitimado: a ação penal privada subsidiária e a ação penal privada personalíssima. Esta última é de ínfima importância e aplicabilidade, porquanto a atual legislação penal apenas abrange o crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento para fins matrimoniais, previsto no artigo 236 do CP. Desarrazoado seria tratar desta ramificação da ação penal privada, pois que tem caráter estritamente cível. Basta a sintetizada conceituação de Rangel (2004, p. 256):

[...] a ação penal de iniciativa privada personalíssima é aquela que poderá ser proposta, única e exclusivamente, pelo ofendido, não permitindo que outras pessoas (ascendente, descendente, cônjuge ou irmão) possam intentá-la em seu lugar ou prosseguir na que foi intentada.

A ação penal privada subsidiária da pública já tinha previsão anteriormente no CPP em seu artigo 29, tendo auferido *status* constitucional com a CF/88 que, em seu artigo 5º, inciso LIX reza: "será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal".

Interpretando-se o preceito constitucional se deduz que o pressuposto para o exercício de tal direito é a omissão do Ministério Público como titular da ação

penal. Contudo, a não propositura da denúncia não é capaz de validar a legitimação à ação penal privada subsidiária, porquanto pode o órgão ministerial requisitar novas diligências e tal procedimento conserva a sua legitimidade exclusiva para propor a ação penal.

No que concerne à possibilidade da ação penal privada nos casos em que o Ministério Público pugna pelo arquivamento do inquérito, decidiu o Pretório Excelso pela inadmissibilidade de queixa supletiva nesse caso. Essa realmente parece ser a posição mais coerente, afinal, o titular da ação penal, ao requerer o arquivamento, não vislumbra condições ao oferecimento da denúncia, neste caso seria completamente inconcebível que o particular desconsiderasse o parecer ministerial e intentasse a queixa crime. Tal fato agrediria tanto o art. 5º, inciso LIX, quanto o art. 129, inciso I. Nesse sentido, ilustra Fernandes (2010, p. 115):

Outra não seria também a conclusão numa interpretação sistemática dos Códigos Penal e Processo Penal. Nos dois prevê-se a decadência do direito de queixa em seis meses contados, 'do dia em que se esgotar o prazo para oferecimento da denúncia' (arts. 38 do CPP e 103 do CP).

Nenhum contém qualquer referência à decadência em caso de arquivamento. Ainda, o art. 18 do Código de Processo Penal só permite, depois de ordenado o arquivamento do inquérito, a realização de novas pesquisas sobre o fato se houver notícia de outras provas. A partir desse preceito, entendeu-se que, arquivado o inquérito policial, não pode haver outra acusação a não ser em face de novas provas, chegando esse pensamento a ser consolidado na Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal. Tal construção constitui importante garantia ao indiciado: após ter sua conduta sido submetida ao crivo de um órgão público, não poderá, sem novos elementos, vir a ser acusado, havendo aí mais um motivo para não se admitir a queixa subsidiária.

Indubitavelmente, a norma constitucional que possibilita a ação penal privada é uma norma de exceção patente, pois visa instituir uma alternativa que foge à regra da acusação pública. Neste caso, assim como todas as normas desse cunho, deve receber uma interpretação restritiva, motivo pelo qual sua aplicação não é razoável na hipótese de o Ministério Público requerer o arquivamento das peças de informação.

Deve-se mencionar ainda que antes de se processar o arquivamento deve haver um minucioso procedimento examinatório. Conforme prescreve o artigo 28 do CPP, embora o *Parquet* pugne pelo arquivamento do processo, o juiz, dissentindo

das razões apresentadas, pode remeter os autos ao procurador-geral para que este averigue a plausibilidade do pedido de arquivamento. Anuindo com o arquivamento, o procurador-geral deve fazer retornar os autos ao juiz, que ficará constrangido a arquivar. Caso haja probabilidade de promover a ação penal, o próprio procurador pode oferecer a denúncia ou designar outro membro da instituição para desenvolver essa ação.

Portanto, verifica-se que, não obstante o teor inquisitivo do preceito, a análise das peças de informação passa pelo crivo dos membros do Ministério Público e do juiz, sendo impossível cogitar que o particular faça juízo contrário e promova a ação penal subsidiária na ocasião em que o titular da ação penal requer o arquivamento.

Importante trazer à baila que, nos casos da ação penal privada subsidiária, o Ministério Público é interveniente adesivo obrigatório, atuando em todos os termos do processo. Neste caso, conforme dispõe o artigo 29 do CPP, o Ministério Público pode aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva.

4.4 DO BEM JURÍDICO LESADO E DA LESÃO TÊNUE À SOCIEDADE

Não constitui objetivo do presente trabalho, analisar cada crime que se procede mediante queixa; a alusão a alguns deles como forma de exemplificar a teoria aqui defendida será inevitável por razões lógicas. O epicentro do tópico que se apresenta é a apreciação do que a doutrina costuma nomear de pressupostos de existência da ação penal privada, ou seja, os pretextos que justificariam a existência do instituto, além da análise contextual do caráter público do processo penal.

Importante asseverar que os primeiros deslizes no que diz respeito à ação penal privada são encontrados em virtude da inconsistência de seus fundamentos com o Direito Penal Material. Dois alicerces nos quais a ação penal se baseia estão profundamente integrados: bem jurídico lesado pelo crime de natureza essencialmente privada e a tenuidade da lesão à sociedade.

A doutrina dá razão de ser à ação penal privada pelo fato de que alguns crimes lesam bens jurídicos que atingem primordialmente os interesses privados do ofendido, por conseguinte, o dano à sociedade seria secundário, tênue. Daí insurge

uma flagrante contradição, afinal, há possibilidade de um crime, cuja sanção é a mais severa do nosso ordenamento, ser capaz de lesar bem jurídico que interesse mais ao particular do que à coletividade?

Em consonância com os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, a sanção penal deve ser aplicada na forma de *ultima rattoo*; deve ser empregada quando nenhuma outra lograr êxito.

A estrutura normativa penal que agasalha interesses essencialmente privados não está em sintonia com o escopo do Direito Penal, que deve se restringir à fatos verdadeiramente graves, que provocam sérios abalos à vida estável em sociedade. Assim leciona o docente Duclerc (2005, p. 238): “[...] simplesmente não é possível falar de crimes que atinjam prioritariamente interesse privado”. Seguindo a mesma linha de raciocínio, o catedrático Pacelli (2004, p. 121): “[...] se houvesse um delito que interessasse mais ao particular que à coletividade, talvez não houvesse razão para a criminalização da conduta [...]”.

A seara penal é de cunho extremamente gravoso na punição do indivíduo, porquanto regula objetivamente a sua liberdade, esta que não deve ser encarada sob o ponto de vista privado, mas no sentido mais amplo possível. Isto posto, fica visível que em nosso ordenamento, inúmeras condutas criminalizadas não excedem a abrangência dos ilícitos civis ou administrativos, descaracterizando o caráter fragmentário da seara penal. Nesse sentido, Ribeiro (2003, p. 89) aduz:

No Brasil, das poucas ações penais privadas previstas na legislação, os crimes contra a honra são estatisticamente os de maior incidência [...] Não passam, todavia, de *ilícitos civis* [...] com ação civil regulada pelos Códigos Penal e de Processo Penal.

A guarida dada ao exercício da ação penal privada é tão equivocada quanto as legislações criminais pátrias, que ainda tipificam condutas que a sociedade passou a vislumbrar como meros ilícitos civis. Bello (2007, p. 321) descreve as conseqüências desses desacertos:

Vigente desde 1940, o atual Código Penal pátrio há muito não reflete as condutas que realmente representam transtornos para a sociedade brasileira, demonstrando-se em total descompasso, não somente em relação à evolução da criminalidade e de seus mecanismos de atuação, como também em referência aos costumes sociais contemporâneos. Estes, por si sós, já descriminalizaram uma

série de condutas tidas como ilícitas naquela longínqua e nefasta época.

Exaltar a existência da ação penal privada na justificativa de que alguns crimes afetam bens jurídicos essencialmente privados implica numa afronta ao próprio conceito de bem jurídico penal. Neste diapasão, torna-se imperioso apreender o real significado do bem jurídico penal, sob pena de propiciar uma inflação legislativa de crimes, transformando a seara penal em uma *prima ratio*, a primeira opção na resolução de conflitos.

4.4.1 O Bem Jurídico Penal e o Estado de Direito Democrático e Social

Não se pode olvidar que a proteção dos bens jurídicos relevantes é ferramenta própria da atuação do Direito Penal, embora ainda necessite de uma unidade de sentido a noção de bem jurídico. O dinamismo que impera sobre a natureza do sistema aberto do Direito contribui para a dificuldade de se chegar a um conceito fechado de bem jurídico. Assim explica Costa (2009, p. 27):

O conceito de *bem jurídico* é *amplo* e não *restrito*, visto que se incluem os valores materiais e imateriais, abrangendo coisas e direitos multidisciplinares. No campo do Direito Penal, o bem jurídico tutelado pela norma se caracteriza pela ameaça penal, objetivando evitar possíveis agressões ao indivíduo e à massa social.

A índole dinâmica do Direito propicia uma mutação sucessiva na seleção valorativa dos bens jurídicos, favorecendo uma oscilação entre a criminalização e descriminalização de condutas.

Outra decorrência das constantes transformações é o estabelecimento de penas mais brandas ou mais severas a depender do contexto de política criminal que vige. Claro exemplo disso é a famigerada Lei de Crimes Hediondos, que surgiu no final da década de 80, ante uma série de extorsões mediante sequestro praticadas contra empresários no Brasil; fato que provocou forte clamor público, especialmente pelo sensacionalismo provocado pela imprensa.

Apesar de inócua a busca pelo consenso no estabelecimento concreto do conceito de bem jurídico, deve-se perpetrar uma análise acurada dos seus principais aspectos indicados pela doutrina, da clássica à moderna, visto que este instituto tem a função de regular a atuação estatal através da seara penal. Assim, se anseia demonstrar que não é qualquer lesão ou ameaça de lesão que acarretará a atuação do Direito Penal, mas apenas aquelas consideradas proeminentes a ponto de justificarem o rigor da sanção.

A teoria de Feuerbach é considerada um pontapé inicial ao estudo do bem jurídico. Influenciado pelos iluministas, ele propagou a ideia de que o Estado não tinha a competência de determinar a moral e a cultura de um povo, pois devia restringir sua atuação à proteção de determinados valores. A partir deste contexto, com o Código Penal da Baviera de 1813, foram descriminalizados os crimes de heresia, bigamia e incesto. Este teórico ainda se destacou por entender essencial a previsão legal do delito em relação ao fato concreto, demarcando a atuação estatal com supedâneo na fórmula *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*.

Birnbaum, rompendo com a teoria de Feuerbach, concebeu a definição do bem jurídico sob o enfoque teleológico-social. A ideia era valorar os bens considerados essenciais dos homens até que o Estado necessitasse intervir para garantir a proteção daqueles. Conforme tal entendimento, não era o indivíduo que poderia eleger os bens que se submeteriam à proteção estatal; tal incumbência deveria ser levada a efeito pela sociedade em geral. O bem jurídico, aqui, é tido como um bem social suscetível de violação.

A teoria de Birnbaum tentou limitar a atividade do legislador, oferecendo parâmetros para que ele se preocupasse apenas com os bens mais representativos do homem. Segundo seu pensamento, a valoração feita pela sociedade seria derivada de observações empíricas realizadas diuturnamente. Binding apareceu posteriormente revestindo sua teoria com um positivismo legal acentuado.

Na sua concepção, o legislador era o instituidor do bem jurídico, pois os bens jurídicos emanavam das leis que eram editadas. O papel que, na teoria de Birnbaum, pertencia à sociedade, passou a ser de competência dos legisladores e, em suma, era considerado bem jurídico aquilo que era posto nas leis penais. Deve-se frisar que o bem jurídico era visto como coletivo, pois teoricamente os legisladores erigiam à esta categoria aqueles bens cuja proteção fosse curial à manutenção indistinta da paz. Liszt apareceu com uma conceituação pré-jurídica,

através da qual os bens jurídicos eram fundados antes da normatização, ou seja, apenas nascia uma lei conferindo proteção àquele bem após a escolha pelo senso comum. Eles não eram instituídos pela norma jurídica, apenas eram legitimados por esta. Os interesses que deveriam ser protegidos eram aqueles essenciais à comunidade, condicionantes de uma convivência ordenada em sociedade.

Obviamente, as teorias supracitadas poderiam ser exploradas de forma mais extensa e minuciosa, mas, para o fim a que se propõe esse trabalho, faz-se necessário exaltar as teorias mais modernas. Tomando como base os pensadores clássicos, a doutrina moderna é consonante com a atualidade no que diz respeito aos principais aspectos do bem jurídico; fornece um arcabouço teórico rico no que concerne ao conceito e às diversas funções do bem jurídico. Pelo que foi acima explanado, percebe-se que a análise das principais feições hodiernas do tema se faz extremamente necessária, para que se tenha a exata compreensão acerca da inadequação da ação penal privada e dos aspectos materiais por ela envolvidos frente ao sistema jurídico pátrio.

A doutrina contemporânea estabelece diversos conceitos de bens jurídicos, focados sob diversos ângulos. Existem conceitos que se fundamentam na base científica do bem jurídico; outros se firmam na função que ele exerce, e ainda há conceitos formados a partir da titularidade dos bens jurídicos.

Procurar-se-á dar maior autoridade aos conceitos que melhor se adequam ao enfoque dado no presente trabalho, visto que cada autor formula conceitos e nomeia suas teorias quase sempre pautados na mera didática. O que se aspira demonstrar é que o Direito Penal não deve intervir em qualquer conduta lesiva, pois não é todo bem que deve ser tutelado por este ramo jurídico e, para haver tal entendimento, é dispensável esmiuçar os inúmeros conceitos dados pela doutrina, basta que haja uma concepção geral sobre o assunto.

Quando o conceito é formulado com fundamento na base científica do bem jurídico, deve-se frisar o modelo sociológico e constitucionalista deste. Tendo como precedentes as ideias de Birnbaum e von Liszt, o conceito sociológico, defendido por Austin Turk, Ralf Dahrendorf, Knut Amelung e outros, parte de uma visão empírica, através da qual os elementos jurídicos penais são produtos de uma construção social histórica.

As delimitações do nível e das áreas de atuação do Estado são calcadas na racionalidade humana. A relação intersubjetiva é o ponto culminante para se chegar ao conceito de bem jurídico penal. Conforme assinala Bello (2007, p. 128):

Com base na tradição antropocêntrica do Iluminismo a primeira teoria concebe o ser humano como elemento único e primordial nas análises científicas ou empíricas voltadas para a delimitação dos valores a serem selecionados para a formação do conceito de bem jurídico penal.

Deve-se frisar que, apesar de sempre acompanhar os pressupostos narrados acima, a doutrina habitualmente subdivide o conceito sociológico para torná-lo mais específico. Para uma melhor ilustração do que propõe a doutrina sociológica, cabe citar a teoria funcionalista-sistêmica e a teoria do conflito social.

Para as teorias funcionalistas-sistêmicas, a ideia de bem jurídico penal é conexas ao consenso societário. Neste molde, seria considerado crime aquele fato que, ao violar o bem jurídico, paralelamente desestabilizasse o referido sistema consensual. Tal visão se insurgia de uma sociedade monista, sem grandes desníveis culturais e econômicos, motivo pelo qual seria possível haver, de certo modo, um acordo quanto aos comportamentos penalmente tuteláveis. Desta forma, o bem jurídico penal seria aquele capaz de, ante sua violação, desestabilizar o seio da coletividade, motivando assim a criminalização da conduta violadora.

Há defensores desta teoria que sugere ser a norma jurídica um instrumento de equilíbrio social. A norma institucionalizada é indispensável à solução dos embates sistêmicos, portanto, a forma mais propensa à disfuncionalidade é aquela decorrente da prática de uma conduta penal típica.

A concepção sociológica conflitiva revela que o conceito de bem jurídico penal é produzido pela experiência que se extrai das lides entre os detentores ou exercentes do poder político e os grupos que são controlados por este poderio. Conforme aduz Cirino (2007, p. 130): “O processo de criminalização representaria um conflito entre detentores do poder e submetidos ao poder [...]”. Neste caso o direito penal não seria empreendido como *ultima ratio*, pois seria através de seu acionamento que as classes dominantes defenderiam seus interesses. Percebe-se então que em um Estado Democrático de Direito esta teoria não tem aplicabilidade

prática em virtude da existência de mecanismos que visam limitar este poder incriminador da classe dominante.

A crítica que se faz à concepção sociológica de bem jurídico diz respeito à dificuldade de se precisar a caracterização de uma conduta delitiva e quais motivos levariam à sua criminalização. Os métodos utilizados são imprecisos e inconsistentes, suscitando uma desconfiança em relação às suas fontes, porquanto no interior das sociedades complexas como as existentes atualmente, tal procedimento de verificação seria considerado impossível, ou ineficaz. Em suma, justifica Prado (*apud* Bello, 2007, p. 131):

Em verdade, nenhuma teoria sociológica conseguiu formular um conceito material de bem jurídico capaz de expressar não só o que é que lesiona uma conduta delitiva, como também responder, de modo convincente, por que uma certa sociedade criminaliza exatamente determinados comportamentos e não outros.

A concepção constitucionalista do bem jurídico penal emergiu com força na segunda metade do século XX e, como se induz de sua nomenclatura, procura fundamentar a escolha e o manejo dos bens jurídicos penais na Constituição Federal. A Carta Política é considerada o principal parâmetro para identificação dos bens jurídicos. Tal entendimento encontra respaldo na ideia de que a Constituição, pelo menos a democrática, reflete as ambições sociais presentes no momento de sua elaboração.

Como se sabe, as legislações criminais são em muito anteriores à CF/88 e, precisamente por isso, há um movimento doutrinário intenso no sentido de proporcionar uma maior compatibilidade dessa legislação infraconstitucional com a nossa Carta Política.

Esse é um dos fundamentos da concepção constitucionalista, visto que o conteúdo do direito criminal, as regras punitivas, as proibições, o objeto do crime, enfim, os bens jurídicos sujeitos à proteção penal devem manter-se atrelados às linhas gerais traçadas pela Constituição.

Outrossim, é importante fazer uma análise crítica dos bens jurídicos protegidos constitucionalmente, afinal, nem todos deverão ser tutelados pelo Direito Penal. Embora a Constituição Federal, em seu artigo 5º, X, proteja a honra e a

imagem das pessoas, não se deve ter como consequência imediata o acionamento do Direito Penal para sancionar as condutas que violem tais preceitos.

Analogamente, o extinto crime de adultério traduz o que se diz acima; a CF/88 lança as bases para a proteção das relações familiares, mas através de um notório consenso da sociedade, definido pela adequação social, restou claro que apesar da reprovabilidade da conduta, a intervenção penal não mais se fazia necessária, motivo pelo qual a conduta foi descriminalizada.

Quanto ao balizamento a ser feito na conceituação do bem jurídico penal, ocorre uma subdivisão da concepção constitucionalista. A teoria constitucionalista geral defende que o bem jurídico penal deve ter como referência os princípios gerais da Carta Política, dando uma maior autonomia ao legislador ordinário para estabelecer as condutas penalmente relevantes. Conforme ensina Coelho (2003, p. 79):

Para os defensores desta corrente, o tipo de Estado e seus fins é que determinam os fins do direito penal, o que significa que o Direito Penal deve se adequar aos princípios e características essenciais do modelo de Estado em que se insere.

Deve-se ter em vista que, a despeito de a legislação criminal infraconstitucional ter como paradigma a Constituição Federal de 1988, não há uma coincidência quantitativa dos bens jurídicos garantidos por ambas. O legislador infraconstitucional é dotado de certa discricionariedade para alargar os bens jurídicos, desde que, tal procedimento seja feito sempre com fundamento nos princípios constitucionais.

Ocorre que, tendo como parâmetro os princípios gerais constitucionais, tais como o da liberdade, isonomia e dignidade da pessoa humana, a escalação dos bens jurídicos penais seria feita através de critérios extremamente abertos e vagos, definidos com um amplo grau de subjetividade.

Contrapondo a teoria constitucionalista geral, a teoria constitucional estrita procura estabelecer ditames mais restritos na determinação dos bens jurídicos penais. Assim discorre Coelho (2003, p. 83) sobre os propósitos desta teoria:

Ela procura determinar que o legislador só possui discricionariedade para criminalizar condutas que violem valores constitucionais

fundamentais à convivência em comunidade, devendo ele pautar, no processo de valoração das condutas, se estas possuem o potencial de relativização do princípio da liberdade.

Posteriormente à fundamentação da escolha dos bens jurídicos penalmente tutelados nos princípios constitucionais, o legislador ordinário deve fazer um exame valorativo para verificar se há realmente necessidade da intervenção penal. O bem jurídico liberdade, que é afetado com a sanção penal, deve ser sopesado no momento da criminalização das condutas, pois, devido a sua importância, somente poderia ser suprimido por condutas extremas, violadoras de bens jurídicos salutares.

De fato, esta relação configura a limitação à atividade do legislador, e, como consequência lógica, ao *jus puniendi* estatal. Trata-se de preceito que busca resguardar o princípio da intervenção mínima do direito penal.

Não obstante ser mais sólida do que a concepção sociológica, a teoria constitucionalista ainda sofre críticas por não conseguir estabelecer um conceito cristalizado de bem jurídico. Como asseverado acima, não é todo bem jurídico constitucional que será tutelado pelo direito penal e, em contrapartida, a ausência de menção a um bem jurídico na Carta Política não inviabiliza o legislador infraconstitucional de erigi-lo à categoria de bem jurídico penal se estiver compatível com os princípios constitucionais. Na tentativa de esclarecer o conceito de bem jurídico, Gomes (*apud* Bello, 2007, p. 99-101) concebe uma mesclagem entre a concepção sociológica e constitucionalista, senão vejamos:

Composição ou combinação entre as teorias sociológico-funcionalistas (fundadas na 'danosidade social') e as constitucionalistas, concebendo que a referência constitucional e a danosidade social são critérios complementares que poderiam, juntos, finalmente determinar o catálogo dos bens jurídicos penalmente protegíveis, é dizer 'merecedores' de tutela penal [...] Está justificado o recurso à ameaça penal somente quando o bem jurídico é 'constitucionalmente legítimo' e conta com 'importância social'.

Fazendo uma avaliação de todas as ideias expostas acima, se pode pronunciar com segurança que até o presente momento ainda não há um consenso quanto à abrangência do bem jurídico penal. Neste diapasão, é preferível que se adote uma posição eclética, buscando em cada uma das concepções aquilo que mais se coaduna com a realidade social atual, na mesma esteira da orientação de

Gomes, quando idealiza um ajuste das teorias sociológicas com as constitucionalistas.

Independente de qual concepção se adote, o Direito Penal deve ser empregado como *ultima ratio*, ou seja, como última alternativa à prevenção e coerção das condutas ilícitas. Revela-se, assim, com uma missão profunda de natureza social, na proteção dos valores elementares da vida comunitária, assumindo sua finalidade de último controle social.

Fundamentalmente, é indispensável observar se o bem jurídico tem fundamento expreso ou implícito nos preceitos constitucionais. Posteriormente se verifica se a violação deste bem jurídico tem o condão de afetar a coletividade, ou seja, se ele é relevante socialmente e não somente na esfera individual. Por fim, deve ser feita uma investigação sobre a possibilidade de prevenção e coerção da atividade violadora por outras formas alheias à seara penal. Ultrapassadas estas etapas, se for possível constatar que a atuação do Direito Penal é realmente imprescindível, pode-se dizer que o bem jurídico em questão é um bem jurídico penal, mesmo antes uma norma ser positivada instituindo a proibição à sua violação. Ferrajoli⁷ (2005, p. 02-03) corrobora tal afirmação:

Al mismo tiempo, em cuanto implica um balance entre el costo de las penas y el de los daños prevenidos por ellas, el principio da utilidad sirve para delimitar cuantitativamente la esfera del Derecho Penal caracterizándolo como ius-necessitatis sólo permitido como remedio extremo para las violaciones más graves y no prevenibles por otros medios.

A institucionalização de uma norma penal incriminadora, ao que parece, não tem o condão de criar o bem jurídico penal. A norma penal incriminadora dá origem à proteção do bem jurídico, impondo uma sanção àqueles que o violarem, sendo o bem jurídico penal gerado em um momento pré-jurídico, ou seja, antes da codificação de sua proteção.

Todos esses obstáculos à identificação do bem jurídico penal se desencadeiam por ser o direito penal a forma mais categórica de intervenção do Estado na vida do indivíduo, podendo culminar no cerceamento de seu direito

⁷ Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2005/ferraj05.htm>>. Acesso em 20 ago. 2011.

fundamental de liberdade. Contudo, não obstante este entendimento, Ferrajoli⁸ (2005, p. 01) ilustra:

[...] cada vez más la sanción penal aparece como la única forma de sanción e la única técnica de responsabilización dotada de eficacia y efectividad. De ahí ha resultado tal inflación de los intereses penalmente protegidos, que se há perdido toda consistência conceptual de la figura del bien jurídico.

Na concepção de Estado Democrático em que vive o povo brasileiro, o princípio da intervenção mínima funciona como uma orientação político-criminal de subsidiariedade do direito penal. Se a política criminal adotada não atende ao caráter subsidiário do direito penal, sobrevém uma inflação legislativa que causa uma hipertrofia no sistema e grave afronta ao princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Quando a doutrina ampara a existência da ação penal privada calcada no argumento da tenuidade da lesão à sociedade, ou pelo fato de o crime afetar interesses essencialmente privados, pode-se perceber uma completa falta de sintonia com o que foi dito supra. Trata-se de uma explicação errônea para um instituto improficuo e contrário aos interesses que se busca tutelar no âmbito de um processo penal democrático.

A incoerência das justificativas à existência da ação penal privada fica notória a partir do momento em que se assimila o direito penal como *ultima ratio*. Neste contexto não há como compreender um crime que afete interesse essencialmente particular ou que tenha lesão tênue à sociedade. Se tal entendimento for acatado, todos os obstáculos à identificação do bem jurídico penal seriam desrespeitados e o direito penal seria visto como *prima ratio*, violando preceitos constitucionais taxativos.

4.4.2 Do Escândalo do Processo (Strepitus Iudicii)

⁸ Ibidem.

Em regra, conforme visto anteriormente, cabe ao Estado, representado pelo Ministério Público, a análise sobre o cabimento da instauração do processo penal ante um fato delituoso. Isso acontece em virtude da natureza do objeto a que se busca tutelar, que não pode ficar adstrito à vontade do particular.

A exclusividade da ação penal conferida à vítima, por sua vez, pressupõe a instauração de um processo penal revestido de publicidade em seus procedimentos, o que inibe o ofendido de punir o infrator e, conseqüentemente, o faz prezar pelo sigilo da conduta delitiva perpetrada contra ele.

A atuação do ofendido no processo penal como titular da ação penal é inconciliável com a sua instrumentalidade garantista. Obviamente, a vítima de um crime contra a sua honra fica extremamente abalada pela intensidade da ofensa e, por este motivo, acaba sendo tomada por sentimentos execráveis em busca da punição do seu agressor. A própria ciência que estuda os comportamentos das vítimas reconhece este fato e busca afastá-la do processo penal, conforme explica Molina e Gomes (2008, p. 75-76):

Com efeito, a moderna Vitimologia não pretende uma inviável regressão ao passado, à vingança privada ou à represália, porque uma resposta institucional e serena ao delito não pode se subordinar aos estados emocionais da vítima. [...] Compete exclusivamente aos poderes públicos traçar as bases e diretrizes da política criminal em seus diversos âmbitos, função que hão de levar a cabo com rigor científico e objetividade, não se deixando contaminar nem influir pela paixão, veemência e emotividade do entorno das vítimas que, logicamente, impulsionaria uma dinâmica de desproporcional severidade e anti-garantismo, nada desejável.

Munida da prerrogativa da ação penal privada, à vítima não importa quais as finalidades da pena, tampouco acredita que deve agir também em nome da defesa social; o objetivo do processo passa a ser o de martirizar o agressor, fazê-lo sofrer antes mesmo da sentença, quando não lhe pode ser atribuída nenhuma culpa ainda.

Ademais, a exposição que a acusação particular proporciona à vítima colabora intensamente para que a mesma nutra um sentimento temerário. A probabilidade de represálias advindas do criminoso é algo que influencia veementemente na decisão da acusação particular, geralmente inclinando a vítima à omissão. Mesmo nos casos em que a vítima resolve exercer o seu direito de queixa, se no decorrer do processo for assolada pelo medo, há grande possibilidade da

ocorrência de extinção da punibilidade do agressor, seja pela desistência ou pela perempção.

Deve-se frisar ainda que, não obstante a grave violação ao *jus puniendi* estatal e à defesa social, a impunidade dos criminosos acaba provocando outra situação assaz maléfica denominada “cifra negra”: uma criminalidade que as estatísticas não alcançam. Segundo os estudos modernos da Vitimologia, a investigação empírica é a forma mais eficaz de se buscar o redescobrimiento da vítima, contudo, o aumento desordenado de crimes ocultos provoca ampla incompatibilidade entre o que é registrado oficialmente e o que acontece no mundo real, além do que as pesquisas alcançam, como bem menciona Molina e Gomes (2008, p.96):

As pesquisas de vitimização permitem avaliar cientificamente a criminalidade real, constituindo a técnica mais adequada para qualificá-la e identificar suas variáveis [...] O aparato estatístico oficial (estatísticas policiais, judiciais e penitenciárias), tardio, carente de rigor e descoordenado, não subministra uma correta informação. E conta, ademais, com uma limitação estrutural insalvável: só está em condições de oferecer dados sobre a criminalidade “registrada” pelas repartições do sistema legal [...]

Analisando todos os fatos e argumentos supramencionados, não há dúvida de que constitui em erro grave deixar a critério do ofendido a deflagração ou não da ação penal. De outra banda, desconsiderando a possibilidade do *strepitus judicii*, a vítima poderia ver seu agressor ser processado por um órgão oficial, sem precisar se martirizar no comando da acusação. Neste sentido a opinião do professor Jardim (2003, p. 85):

[...] ousamos asseverar que a manutenção da ação penal de exclusiva iniciativa privada é fruto de uma visão privatística de Direito e Processo Penal. Somos que o instituto da representação já atenderia aos ponderáveis interesses que se procura tutelar através da ação privada. Quando muito, se poderia adotar o instituto italiano da ‘querela’, que preserva o monopólio do Estado com relação à ação penal, dando, porém, grande margem de disponibilidade da *persecutio* ao ofendido.

A solução ora preconizada, de transformar a ação penal em pública condicionada, inicialmente pode parecer contraditória, afinal, muito foi dito sobre a

impossibilidade de condicionar o *jus puniendi* estatal à vontade da vítima. Ocorre que, neste caso, não há prevalência do interesse privado sobre o público, pelo contrário: a partir do momento em que o processo se torna um martírio para a vítima, a prevenção a tal fato passa a ser de interesse público. No particular, o magistério do professor Duclerc (2005, p. 241) é indispensável:

A solução que preconizamos, note-se bem, de modo algum importa submeter o interesse público ao interesse privado, pois a partir do instante em que o processo se transforma em instrumento de tortura para a própria vítima do delito, aí já é possível falar no interesse público de evitar que isso aconteça, a ser sopesado, caso a caso, com o interesse público na punição do infrator, tudo, aliás, na esteira do princípio da proporcionalidade.

Frise-se, portanto, que o condicionamento da ação penal pública à manifestação de vontade do ofendido faz preservar a sua intimidade em virtude da exigência específica de representação, que somente se concretiza na figura da vítima ou de quem legalmente a represente; desonera a mesma no que tange à sua participação nos trâmites processuais, bem como extrai da sua responsabilidade os custos próprios de um processo. Outrossim, o Estado detém a exclusiva movimentação da máquina judiciária, sem que tal competência se torne híbrida.

4.5 O PROCESSO PENAL COMO FACILITADOR DO INTERESSE DA VÍTIMA

O fato de aqui se defender a extinção da ação penal privada não implica um desdém ou mesmo despreocupação com a vítima de um delito. Em verdade, a reflexão sobre os modos de se atender aos interesses da vítima é de grande seriedade, no entanto, tais interesses devem ser resguardados fora da seara penal, que é regida por princípios peculiares e alheios à satisfação pecuniária, que é o que, preponderantemente, move os interesses da vítima.

Pode-se pensar em facilitar a reparação da vítima através do processo penal, mas nunca transformá-lo em meio para acordos ou composições financeiras, fatos que colidem com a sua natureza pública e com os bens jurídicos por ele tutelados.

Além de não ser um campo para se buscar acordos pecuniários, o que se vê é um processo penal de cunho maléfico para a vítima, do ponto de vista do desgaste físico e psicológico.

Cumpra assinalar a lição da professora Santana (2006), que afirma ser a participação da vítima nos órgãos de justiça penal mais um processo de vitimização que ela sofre. Santana (2006, p. 49) então, amparada pela criminologia moderna, propõe uma reformulação desses órgãos, no sentido de inculcar maior respeito àquela pessoa que ainda se encontra fragilizada pelo crime:

[..]desde o momento em que a vítima entra em contato pela primeira vez com esses órgãos, a começar pela polícia, para simples comunicação da ocorrência, inicia-se, para ela, mor vezes, um novo processo de vitimização.

[...] Ao chegar à fase processual, a vítima já se encontra, em mais de uma ocasião, diante de situações que lhe são, no mínimo, incômodas. Porém, curiosamente, é nesse momento que a vítima se confronta com seu agressor, seus familiares e seu advogado.

Desde a década de setenta, muito se discute sobre a função das vítimas no processo penal, entretanto, hodiernamente ainda não se vê uma atuação estatal no sentido de efetivar uma resposta à agressão sofrida por elas. A resposta que se almeja não significa que o processo penal deva abarcar a vítima rudemente, para que ela enfrente seu agressor, na busca de punição ou mesmo de um acordo financeiro. A resposta que se espera é no sentido de compreender os efeitos de um delito gravoso provocados na vítima; a sua necessidade de acompanhamento psicológico e a rápida e eficaz prestação jurisdicional para obtenção de uma reparação no juízo cível.

O discurso que se enfatizou nos últimos anos, visando maior proteção da vítima, provocou um desvio de finalidade do processo penal. Com base nesse argumento, se implementou no direito pátrio alguns institutos voltados à reparação dos danos da vítima ou à um acordo feito com a acusação para que o réu, antes mesmo de iniciar o processo, confesse sua culpa em troca de uma pena mais branda.

Reputa-se imperioso mencionar que a autoridade do Direito Penal não abrange a possibilidade de recomposição dos danos da vítima, fugindo à sua competência a resolução de um litígio com essa feição meramente negocial. Tal fato

é notório, afinal, transformar o processo penal em um campo de transação desvirtua por completo sua natureza pública e sua finalidade.

Diferentemente do que entende o professor Bovino⁹, o conflito que emana do cometimento de um crime não pertence apenas à vítima, afeta sobremaneira à coletividade, pois o pressuposto para a proteção de um bem jurídico penal é a sua capacidade de desestabilizar a sociedade ante a sua violação, sendo cogente a imposição da mais grave sanção do Direito. Acertadamente, discorre o ilustre Lopes Júnior¹⁰:

Também não concordamos com uma maior participação da vítima no processo penal, tendo em vista a contaminação pela elevada carga de “vingança privada” que lhe é inerente. Igualmente perigosa é a *privatização do processo penal*, pela admissão da cumulação de uma pretensão indenizatória (interesse que motiva o assistente da acusação). Não podemos é pactuar com o desvirtuamento do processo penal, transformando-o numa via mais cômoda, econômica e eficiente (pelo caráter coativo), para a obtenção de um ressarcimento financeiro. Ora, para isso existe o processo civil.

A disseminação da ideia da negociação como resposta penal passou a ter fulcro no surgimento dos Juizados Especiais Criminais, através das leis 9.099/95 e 10.259/01. É certo que a instituição dos juizados ocorreu por mandamento constitucional, contudo, os moldes em que foram criados elevou a desvirtuação do direito penal.

O legislador constituinte laborou da seguinte maneira:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I- juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento dos recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

⁹ Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2015/bovino15.htm>>. Acesso em 18 set. 2011, p. 1-2.

¹⁰ Disponível em: <<http://www.itecrs.org/artigos/ppenal/7.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2011, p.101.

O cerne do problema foi a falta de determinação constitucional no que respeita ao conceito de infração de menor potencial ofensivo e dos moldes em que se daria a transação. O legislador constituinte então encontrou alvedrio para atuar e findou criando institutos que fogem aos princípios basilares do Direito Criminal material e processual, freando ainda o movimento que pretendia coadunar definitivamente o direito penal ao princípio da intervenção mínima. Lopes Júnior¹¹, com a técnica que lhe é peculiar, leciona:

Quando todos defendem a intervenção penal mínima, a lei 9099 vem para ressuscitar no imaginário social as contravenções penais e outros delitos de bagatela, de mínima relevância social. Por isso, ela está inserida no movimento de banalização do direito penal e do processo penal.

Coutinho¹², de forma ímpar, explana as consequências que os Juizados trouxeram consigo ao sistema penal como um todo, fato que se torna imprescindível para o enriquecimento do presente trabalho:

Não tendo o legislador constituinte expresso o que eram infrações de menor potencial ofensivo, parecia, à primeira vista, não se pretender mudar o curso da história e, à toda evidência, bloquear as efetivas descriminalizações e despenalizações que se vinha discutindo [...] Se assim era, nada mais natural projetar-se um câmbio na estrutura que fosse apanhar o núcleo do sistema processual penal [...] ou seja, descriminalizando o que fosse possível (o destino das infrações bagatelares não poderia ser outro que não esse, como parecia elementar) e, àquilo que sobrasse – agora sim de menor potencial ofensivo diante do resto: delitos até quatro anos de pena máxima, por exemplo – construindo-se um procedimento mais rápido mas que não ofendesse os princípios gerais e a teoria regente da matéria [...] Nada disso foi feito, todavia. Ao contrário, ressuscitou-se um mundo de infrações bagatelares praticamente esquecidas e, quiçá prontas para mudar de ramo [...]

Como se nota das citações supra, com a aparição dos Juizados, vieram à tona inúmeros crimes que não se adequam à Teoria do Bem Jurídico Penal e, conseqüentemente, ao princípio da intervenção mínima. Ao trazer à baila muitos

¹¹ Disponível em: <<http://www.itecrs.org/artigos/ppenal/7.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2011, p. 113.

¹² Disponível em: <<http://www.itecrs.org/artigos/ppenal/8.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2011, p. 5-6.

desses crimes, que se enquadram perfeitamente em ilícitos civis, o legislador procurou emoldurar no direito penal um método de resolução de conflitos característico da seara cível: o acordo.

Seguindo esta esteira, parte da doutrina entendeu que a reparação da vítima poderia constituir uma conseqüência penal autônoma do delito. Os motivos para tal concepção são diversos e, com todo respeito, não encontra respaldo nos ditames penais, simplesmente porque, como já foi frisado, o pressuposto para a proteção de um bem jurídico pelo Direito Penal é a sua extrema gravidade, capaz de provocar uma conturbação social. Neste caso, se torna inadmissível utilizar a reparação dos danos causados à vítima como meio de resolução de um conflito penal.

Reputa-se necessário que o direito penal e processual sejam utilizados para facilitar os anseios da vítima de um delito, todavia, isto deve ser intentado sem suprimir o interesse público que se tutela na repressão. Neste diapasão, se faz salutar a criação de novos institutos que favoreçam o acusado sob a condição da reparação dos danos da vítima, sendo que no juízo cível. Note-se que, neste caso, não restará suprimido o interesse público, o que se propõe é uma conjugação de interesses que não impossibilitem o *jus puniendi* estatal.

A atual legislação criminal já estabelece alguns dispositivos que visam facilitar a reparação dos danos da vítima, fato que deve ser exaltado. O artigo 65 do CP narra como atenuante na aplicação da pena a reparação do dano. O artigo 16 do mesmo diploma estabelece o instituto denominado Arrependimento Posterior, o qual possibilita a redução da pena cominada caso o agente repare o dano ou restitua a coisa em crime sem violência ou grave ameaça à pessoa. Da mesma forma, a reparação do dano é considerada como requisito à concessão do livramento condicional, insculpida no artigo 83, IV do CP. Já na Lei de Execuções Penais 7.210/84, seu artigo 29 visa efetivar o ressarcimento do dano através da remuneração recebida pelo trabalho do preso. Enfim, inúmeros são os preceitos que visam estimular a reparação dos danos da vítima, contudo, deve-se deixar claro que nenhum deles pode obstar o *jus puniendi* estatal quando este for cabível. A própria CF/88, em seu artigo 245, estabelece a responsabilidade do Poder Público para dar assistência aos herdeiros e dependentes da vítima de crime doloso. O percalço deste dispositivo é que sua eficácia é limitada, ou seja, depende de normas que o regulamentem e, diante da omissão legislativa, sua aplicabilidade resta prejudicada.

Não se pode cobiçar, contudo, que a reparação de vítima seja perpetrada para resolver problemas de hipercriminalização, tampouco para amainar a quantidade de processos a serem resolvidos em julgamento. Almejar tal fato seria cair na vala que o professor Lopes¹³ denomina de “Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista”.

Para finalizar, possivelmente a única vantagem (para os utilitaristas) da *plea negotiation* seja a celeridade com que são realizados os acordos e com isso finalizados os processos (ou sequer iniciados). Sob o ponto de vista do *utilitarismo judicial*, existe uma considerável economia de tempo e dinheiro.

Ou seja, é um modelo antiguarantista [...] Em síntese, a justiça negociada não faz parte do modelo acusatório e tampouco pode ser considerada como uma exigência do processo penal de partes. Resulta de uma perigosa *medida alternativa* ao processo, sepultando diversas garantias obtidas ao longo dos séculos.

Portanto, é razoável compreender que o campo do processo penal deve ser utilizado para facilitar os interesses das vítimas, jamais como meio para acordos pecuniários. A inflação do número de processos penais não justifica a quebra de paradigmas para que se estabeleça como desiderato autônomo do processo penal a reparação da vítima, fazendo soçobrar a sua função primeira.

Ademais, um estudo sobre o Anteprojeto de reforma do CPP elaborado pela Associação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios¹⁴ complementa o que foi dito supra, criticando o único lapso da comissão elaboradora e refutando a razão de ser da composição civil dos danos como causa da extinção de punibilidade. Veja-se:

Nesse particular, faz-se necessário destacar que a exigência de reparação material, em face da hipossuficiência econômica do autor do delito, além de inviabilizar a aplicação desse dispositivo, na grande maioria dos casos em que se aplica, também aprofunda as desigualdades sócio-econômicas que caracterizam a sociedade brasileira e que se retratam sobretudo na prática de delitos de natureza patrimonial. Com efeito, a reparação material tem um efeito bastante perverso, que se traduz na monetarização do conflito penal, em detrimento dos fins de prevenção que devem orientar a persecução penal do Estado. Portanto, a extinção da punibilidade

¹³ Disponível em: <http://www.itecrs.org/artigos/ppenal/7.pdf> Acesso em: 25 ago. 2011, p.125.

¹⁴ Disponível em: <http://www.metajus.com.br/MPDFT/Comissao-AMPDFT-compilacao-final.pdf>. Acesso em 24 jun. 2011, p. 13.

deve ocorrer particularmente com relação aos crimes patrimoniais em que, ante a manifesta incapacidade econômica do autor, seja possível promover a reparação ao menos simbólica do dano.

A crítica que se faz aqui já está direcionada à redação do Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, que no §2º do artigo 46 cometeu um deslize em relação às premissas da intervenção penal, que somente deve ser utilizada em último caso na proteção dos bens jurídicos vitais, como já discorrido exaustivamente supra.

4.6 PROGRESSO DA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA: O PROJETO DE LEI Nº 156/09

Perante um arcabouço legislativo infraconstitucional manifestamente desrespeitoso à nossa Carta Magna, o que se vê ainda hoje é uma sociedade arraigada a um modelo eminentemente inquisitorial de sistema penal. A feição garantista insculpida na CF/88 deve ser supedâneo para a aparição de uma lei eficaz e condizente com os princípios avocados na nossa Lei Maior, que revogue expressamente os dispositivos vãos que contraditoriamente ainda vigem num Estado Democrático e de Direito, fundado primordialmente na dignidade humana e defensor ferrenho dos direitos fundamentais.

O anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, elaborado por uma comissão de juristas insignes, apareceu como um bálsamo às expectativas de efetivação de um devido processo legal constitucional. Já aprovada a sua redação final pelo Senado Federal, foi encaminhado para a Câmara dos Deputados para revisão em março do corrente ano, de acordo com o que estabelece o artigo 65 da Constituição Federal. É patente a repulsa a um corpo normativo intransigente e superado que persiste delineando a estrutura de um Estado essencialmente democrático. Os anseios contemporâneos primam pela consonância das normas processuais penais com o princípio acusatório e mais estritamente, com a ordem constitucional vigente.

Especificamente no que concerne à ação penal, o anteprojeto elevou as normas que a regulam ao patamar da maturidade do Estado em que estamos

sedimentados. Pode-se vislumbrar um antagonismo manifesto entre o antigo diploma, editado em 1941, e o que se pretende infiltrar no ordenamento moderno. A discussão que se trava juridicamente converge para uma votação célere do anteprojeto, a fim de se definir uma harmonia teórica e prática com a nossa Lei Maior. Seria um despropósito, portanto, manter uma legislação que somente possuía conformidade com uma configuração política de outrora.

As propostas encampadas pelo Projeto de Lei nº 156/09 (2009, p. 20) no que se refere à responsabilidade processual persecutória são alvissareiras. Os argumentos da comissão que o elaborou estão fincados em solo fértil, que darão resultados alentadores futuramente, como se pode vislumbrar a seguir:

A doutrina e a jurisprudência nacionais nem sempre se entenderam a respeito de tais questões. Quais seriam as justificativas para a adoção de uma ação penal privativa do particular? Seria possível classificar os delitos, segundo o respectivo interesse na persecução, em *públicos, semi-públicos e privados*?

O estágio atual de desenvolvimento do Direito Penal aponta em direção contrária a uma empreitada em semelhantes bases conceituais. Basta atentar para as reflexões e investigações mais recentes ao nível da política criminal, e já também no âmbito da própria dogmática, no que se refere às bases de interpretação, todas no sentido de um minimalismo interventivo, justificado apenas para a proteção penal dos direitos fundamentais, contra ações e condutas especialmente graves.

As justificativas infrutíferas e contrárias às feições do ordenamento pátrio em defesa da ação penal privada são também rechaçadas pelo anteprojeto, que ratifica substancialmente o que se pretende realçar neste trabalho. São categóricos os juristas ao confirmar, em uníssono, os dissabores causados pela ação manejada pela vítima:

Nesse contexto, não nos parece haver lugar para uma ação penal que esteja à disposição dos interesses e motivações do particular, ainda que seja a vítima. Eventual necessidade de aplicação de sanção penal somente se legitima no interesse público. O modelo processual atualmente em vigor ignora completamente essa realidade, deixando em mãos da vítima, não só a iniciativa da ação, mas a completa disposição da intervenção estatal criminal. A justificativa do *escândalo do processo*, normalmente alardeada em latim, não parece suficiente para justificar a ação privada. Se o problema é a necessidade de proteção da intimidade da vítima em relação à publicidade do fato, basta condicionar o exercício da ação

pública à autorização dela. Exatamente como faz o anteprojeto, que, a seu turno, preserva o controle da morosidade do poder público, por meio da ação penal subsidiária da pública, de iniciativa da vítima. Essa, sim, como verdadeiro direito, constitucional, de ação.

Por conseguinte, as modificações que estão em andamento, embora tardias, são de importância visceral para a configuração do Estado de liberdades hodierno. O corpo normativo do diploma em votação nas casas do Congresso Nacional revela de maneira incontestável uma alteração significativa nos pilares estruturais do ordenamento penal e conduz à efetivação de uma sociedade calcada em valores éticos, em decorrência de um Estado que deve atuar de forma indeclinável na consagração dos direitos e garantias dos cidadãos, com vistas a legitimar seus órgãos na defesa dos hipossuficientes, que necessitam da técnica que é peculiar ao Estado enquanto detentor do *jus puniendi*.

Ora, ao passo em que o Estado se incumbe de resguardar direitos indisponíveis sociais e individuais, também se submete às suas próprias normas, que regulam a sua atuação. Tais normas são editadas para que a arbitrariedade não faça de um Estado Democrático, totalitário. Assim, o fim último a que se pretende buscar incessantemente à sociedade, que é a paz social, fica mais tangível se o caminho permanecer no sentido de adequação das normas infraconstitucionais ao que decreta a CF/88.

5 CONCLUSÃO

A evolução histórica do processo penal exprime a evasão de uma acusação privada à um processo calcado no interesse público. A despeito deste fato, as legislações criminais brasileiras ainda comportam preceitos essencialmente privados, que possibilitam converter o processo penal em campo de acordos e barganhas. A decorrência lógica dessa desarmonia é a afronta direta a diversos princípios explícitos e implícitos na Lei Maior.

A Constituição Federal de 1988, não obstante as duas décadas de vigência, ainda é relegada pelo legislador infraconstitucional quando edita leis sem observar os mandamentos constitucionais e quando se omite frente aos desacertos constantes do corpo normativo do ordenamento pátrio; bem assim quando continua a aplicar leis anteriores à Carta, sem que haja o cuidado de aferir a sua integral recepção pelo ordenamento constitucional. Constatou-se, pois, que a legislação criminal necessita de grandes reparos para atender aos anseios do constituinte originário.

As codificações jurídicas devem estar sempre em evolução análoga à da sociedade, sob o risco de se tornarem obsoletas. Tais leis devem refletir o que apetece a sociedade, devem ser conjugadas com o pacto social firmado no momento da sua aplicação. Em diplomas editados na década de 40, as regras materiais e processuais penais, indubitavelmente, são arcaicas e incompatíveis com o que exige a sociedade moderna. Observou-se que o delito, como fenômeno social que é, tem seus aspectos constantemente modificados, paralelamente ao modo de vida cultural, político, econômico e social à época implantado. O legislador de setenta anos atrás definiu como crime o que hoje não passa de mero ato imoral ou ilícito civil, como se vê no extinto crime de adultério. Outras tantas condutas atualmente tipificadas não mais se coadunam com o Direito Penal Mínimo.

Relativamente à ação penal, o que se constatou é que a concepção privatística não se apóia na realidade atual. Em um Estado Democrático de Direito, a vontade da coletividade não pode ficar condicionada aos interesses e privilégios de poucos. A pacificação social não pode ser tolhida pelos caprichos do particular, sob

pena de descaracterizar as bases democráticas que estão sendo edificadas com requinte ao longo dos anos.

Depositar no indivíduo ofendido tamanha confiança de manejar a acusação como legitimado extraordinário implica ferir absolutamente a instrumentalidade garantista inerente ao processo. Fere primeiro a instrumentalidade porque o particular, habitualmente, não utiliza o processo como meio que possibilite a punição estatal, e fere a sua feição garantista porque o particular não está preocupado em conceder ao acusado os direitos e garantias que lhe proporciona a Constituição Federal.

O instituto da ação penal privada surgiu em um momento em que vigia o liberalismo-individualista, em contrapartida ao que ocorre hodiernamente, quando o caráter público domina o processo penal. Outra importante mudança que contribuiu para fincar as bases públicas do processo foi a evolução do Ministério Público com as atribuições delegadas pela Constituição Federal de 1988. A Instituição iniciou suas funções como mera acusadora e chegou ao estágio de fiscal da lei, ganhando contornos democráticos e adquirindo a confiança da sociedade.

Ante uma Instituição democrática, esquematizada claramente pela Constituição Federal de 1988, é inconcebível a concessão da ação penal ao particular. Mais lógico e eficiente seria corrigir eventuais erros que apareçam na atividade ministerial do que condicionar o *jus puniendi* do Estado à discricionariedade da vítima, que habitualmente almeja uma compensação pecuniária ou mesmo a vingança desmedida.

Desse modo, sob todos os ângulos, é flagrante a incoerência da previsão legal da ação penal exclusivamente privada no ordenamento jurídico brasileiro. É atribuição do Ministério Público exercer privatamente a acusação no processo penal, sempre zelando pela aplicação da lei em conformidade com o que preceitua a Constituição Federal. Trata-se de um aliado eficiente à instrumentalidade do processo penal, com efetivo respeito pelas garantias do acusado. Conclui-se, por fim, quer seja do ponto de vista teórico ou prático, que é totalmente descabido o manejo da acusação pela vítima em qualquer caso.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 44ª ed. São Paulo: Globo, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lúcia Guidicice e Alessandro Berti. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BELLO, Enzo. **Perspectivas para o Direito Penal e para um Ministério Público Republicano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BINDER, Alberto M. **Funciones Y Disfunciones Del Ministerio Publico Penal**. Disponível em: <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/ar_funciones.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2011.

BINDER, Alberto M. **La Fuerza de la Inquisition y la Debilidad de la Republica**. Disponível em: <http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=37&Itemid=27>. Acesso em: 15 mai. 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação Penal: denúncia, queixa e aditamento**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

BOVINO, Alberto. **La Victima como sujeto publico y el Estado como sujeto sin Derecho**. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2015/bovino15.htm>>. Acesso em 18 set. 2011, p. 1-2.

BRANDÃO, Claudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal nº 156/09**.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Luís Fernando Lobão. São Paulo: Edicamp, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico-Penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal**: parte geral, v. 2. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Segurança Pública e Direito das Vítimas**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, et al. **Direitos Humanos e Globalização**: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Manifesto Contra os Juizados Especiais Criminais**. Disponível em: <<http://www.itecrs.org/artigos/ppenal/8.pdf>>. Acesso em 20 ago. 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo, Malheiros, 1990.

DUCLERC, Elmir. **Direito Processual Penal**, Vol.1. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho Penal Mínimo Y Bienes Jurídicos Fundamentales**. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2005/ferraj05.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2011.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: Organização, Atribuições e Regime Jurídico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

JARDIM, Afrânio. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. **Sistemas processuais penais**. Disponível em: <www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_30005.pdf>. Acesso em 12 jul. 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade garantista**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1060&p=2>>. Acesso em: 20 jul. 2011, p. 2.

LOPES JUNIOR, Aury. **Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista**. Disponível em: <<http://www.itecrs.org/artigos/ppenal/7.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2011.

MAIER, Julio. **Situación de la justicia penal y problemas de los sistemas penales escritos**. Disponível em: <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,09,11,07>>. Acesso em: 26 jun. 2011.

MARICONDE, Alfredo Velez. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Buenos Aires: SRL, 1967.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol.1. Campinas-SP: Bookseller, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MILANESE, Pablo. **El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima**. Disponível em: <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,119,0,0,1,0>>. Acesso em: 27 jun. 2011.

MOLINA, Antonio García Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O processo penal como instrumento de democracia**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5224>>. Acesso em: 15 jul. 2011, p.01.

NASPOLINI, Samyra Haydêe. **Aspectos Históricos, Políticos e Legais da Inquisição**. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). Fundamentos de História do Direito. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 3ª ed; 2ª tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol.1. 5.ed. São Paulo: RT, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Ministério Público**: Dimensão Constitucional e Repercussão no Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Direito Penal** – parte geral. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ROXIN, Claus. **Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público**. In: ROXIN, Claus, et al. El Ministerio Público en el Proceso Penal. Buenos Aires: Ad Hoc, 2003.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** – Parte geral. 3ª Ed. São Paulo: Lumen Juris, 2007.

SANTANA, Selma Pereira de. **A Reparação como Conseqüência Jurídico-Penal Autônoma do Delito**. 2006. Dissertação (Doutorado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito de Coimbra.

STRECK, Lênio. **Constituição e Bem Jurídico**: a Ação Penal nos crimes de Estupro e Atentado Violento ao Pudor - O Sentido Hermenêutico-Constitucional do art. 225 do CP. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/criminal/doutrina/id384.htm>>. Acesso em: 19 set. 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal 1**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo, RT, 1997.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2009.

_____. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2009.

_____. **Código Penal Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2009.

ANEXO - ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL Nº 156/09

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS (2009, p. 15):

IV

Em um sistema acusatório público, a titularidade da ação penal é atribuída a um órgão que represente os interesses de igual natureza, tal como ocorre na previsão do art. 129, I, da Constituição, que assegura ao Ministério Público a promoção, privativa, da ação penal pública, nos termos da lei. Evidentemente, não há qualquer incompatibilidade entre o aludido modelo processual e a existência de uma ação penal, privativa, substitutiva ou subsidiária, de iniciativa do particular. Portugal, Alemanha e Espanha, por exemplo, admitem iniciativas privadas na persecução penal. Trata-se, em verdade, de uma questão a ser definida politicamente, segundo a compreensão que se tem acerca da natureza e dos objetivos da intervenção estatal penal.

A doutrina e a jurisprudência nacionais nem sempre se entenderam a respeito de tais questões. Quais seriam as justificativas para a adoção de uma ação penal privativa do particular? Seria possível classificar os delitos, segundo o respectivo interesse na persecução, em *públicos*, *semi-públicos* e *privados*?

O estágio atual de desenvolvimento do Direito Penal aponta em direção contrária a uma empreitada em semelhantes bases conceituais. Basta atentar para as reflexões e investigações mais recentes ao nível da política criminal, e já também no âmbito da própria dogmática, no que se refere às bases de interpretação, todas no sentido de um minimalismo interventivo, justificado apenas para a proteção penal dos direitos fundamentais, contra ações e condutas especialmente graves. Nesse contexto, não nos parece haver lugar para uma ação penal que esteja à disposição dos interesses e motivações do particular, ainda que seja a vítima. Eventual necessidade de aplicação de sanção penal somente se legitima no interesse público. O modelo processual atualmente em vigor ignora completamente essa realidade, deixando em mãos da vítima, não só a iniciativa da ação, mas a completa disposição da intervenção estatal criminal. A justificativa do *escândalo do processo*,

normalmente alardeada em latim, não parece suficiente para justificar a ação privada. Se o problema é a necessidade de proteção da intimidade da vítima em relação à publicidade do fato, basta condicionar o exercício da ação pública à autorização dela. Exatamente como faz o anteprojeto, que, a seu turno, preserva o controle da morosidade do poder público, por meio da ação penal subsidiária da pública, de iniciativa da vítima. Essa, sim, como verdadeiro direito, constitucional, de ação. Se, de outra sorte, a justificativa repousa na maior eficiência do particular na defesa do bem jurídico atingido, também não há razão para a disponibilidade da ação penal instaurada, como ocorre atualmente pelo perdão ou pela perempção. Há exemplo nacional eloquente: proposta a ação privada no crime de estupro, quando praticado sem violência real, a morte da vítima sem deixar sucessores processuais implica a perempção da ação penal, independentemente de se tratar de delito de alta reprovabilidade, frequentemente incluído entre os hediondos.

Ao que parece, então, restaria à ação privada a relevante missão de redução do espectro difuso da intervenção penal, redimensionando a questão para a individualidade do conflito, abrindo as portas para o ingresso de um modelo restaurativo da instância penal.

Há inegável tendência na diminuição ou contenção responsável da pena privativa da liberdade, em razão dos malefícios evidentes de sua aplicação e execução, sobretudo em sistemas penitenciários incapazes de respeitar condições mínimas de existência humanamente digna. Em consequência, passou-se a adotar, aqui e mundo afora, medidas alternativas ao cárcere, quando nada por razões utilitaristas: a redução na reprodução da violência, incontida nos estabelecimentos prisionais.

[...]

LIVRO I – DA PERSECUÇÃO PENAL

TÍTULO III

DA AÇÃO PENAL

Art. 45. A ação penal é pública, de iniciativa do Ministério Público, podendo a lei, porém, condicioná-la à representação da vítima ou de quem tiver qualidade para

representá-la, segundo dispuser a legislação civil, no prazo decadencial de seis meses, contados do dia em que se identificar a autoria do crime.

Parágrafo único. Nas ações penais condicionadas à representação, no caso de morte da vítima, a ação penal poderá ser intentada a juízo discricionário do Ministério Público.

Art. 46. Será pública, condicionada à representação, a ação penal nos crimes de falência e nos crimes contra o patrimônio, material ou imaterial, quando dirigidas exclusivamente contra bens jurídicos do particular e quando praticados sem violência ou grave ameaça contra a pessoa.

§1º A representação é a autorização para o início da persecução penal, dispensando quaisquer formalidades, podendo dela se retratar a vítima até o oferecimento da denúncia.

§2º Nos crimes de que trata o *caput* deste artigo, em que a lesão causada seja de menor expressão econômica, ainda que já proposta a ação, a conciliação entre o autor do fato e a vítima implicará a extinção da punibilidade, desde que comprovada em juízo a recomposição civil do dano.

§3º Concluídas as investigações nos crimes de ação penal condicionada, a vítima será intimada para, no prazo de trinta dias, ratificar a representação, sob pena de decadência.

Art. 47. Qualquer pessoa do povo poderá apresentar ao Ministério Público elementos informativos para o ajuizamento de ação penal pública, não se exigindo a investigação criminal preliminar para o seu exercício.

Art. 48. O Ministério Público, se julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, poderá requisitá-los diretamente, nos termos e nos limites previstos na respectiva lei orgânica.

Art. 49. Se o Ministério Público não intentar a ação ou não se manifestar no prazo previsto em lei, poderá a vítima, ou, no caso de sua menoridade civil ou incapacidade, o seu representante legal, no prazo de seis meses, contados da data em que se esgotar o prazo do Ministério Público, ingressar com ação penal subsidiária.

§1º Oferecida a queixa, poderá o Ministério Público promover o seu aditamento, com ampliação da responsabilização penal, ou oferecer denúncia substitutiva, sem restringir, contudo, a imputação constante da inicial acusatória.

§2º O Ministério Público intervirá em todos os termos do processo e retomará a acusação em caso de negligência do querelante.

§3º A queixa será subscrita por advogado, aplicando-se a ela todos os requisitos e procedimentos relativos à denúncia. Se a vítima não tiver condições para a constituição de advogado, o juiz lhe nomeará um para promover a ação penal.

Art. 50. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal, sem prejuízo do disposto no art. 45, parágrafo único, e no art. 46.

Art. 51. O prazo para oferecimento da denúncia, estando o acusado preso, será de 5 (cinco) dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos da investigação, e de 15 (quinze) dias, se o réu estiver solto. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial, contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.

Parágrafo único. Quando o Ministério Público dispensar a investigação preliminar, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informação ou a representação.

Art. 52. Se a qualquer tempo, o juiz, reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício ou por provocação. Quando já proposta a ação, o processo será extinto, na forma do disposto no art. 257, II.

Parágrafo único. Se a alegação de extinção da punibilidade depender de prova, o juiz ouvirá a parte contrária, concederá prazo para a instrução do pedido e decidirá em 5 (cinco) dias.